



Universidad
de Navarra

PROGRAMAS
MÁSTER

Instituto de Ciencias para la Familia
Máster Universitario en Matrimonio y Familia

TRABAJO DE FIN DE MASTER

Curso Académico: 2016-2017

FILIACIÓN POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LOS DERECHOS DE LOS HIJOS ASÍ CONCEBIDOS.

Nombre: María Eugenia Baldessari

Dirigido por: D. Javier Nanclares Valle



Universidad
de Navarra

Instituto de Ciencias para la Familia | Universidad de Navarra

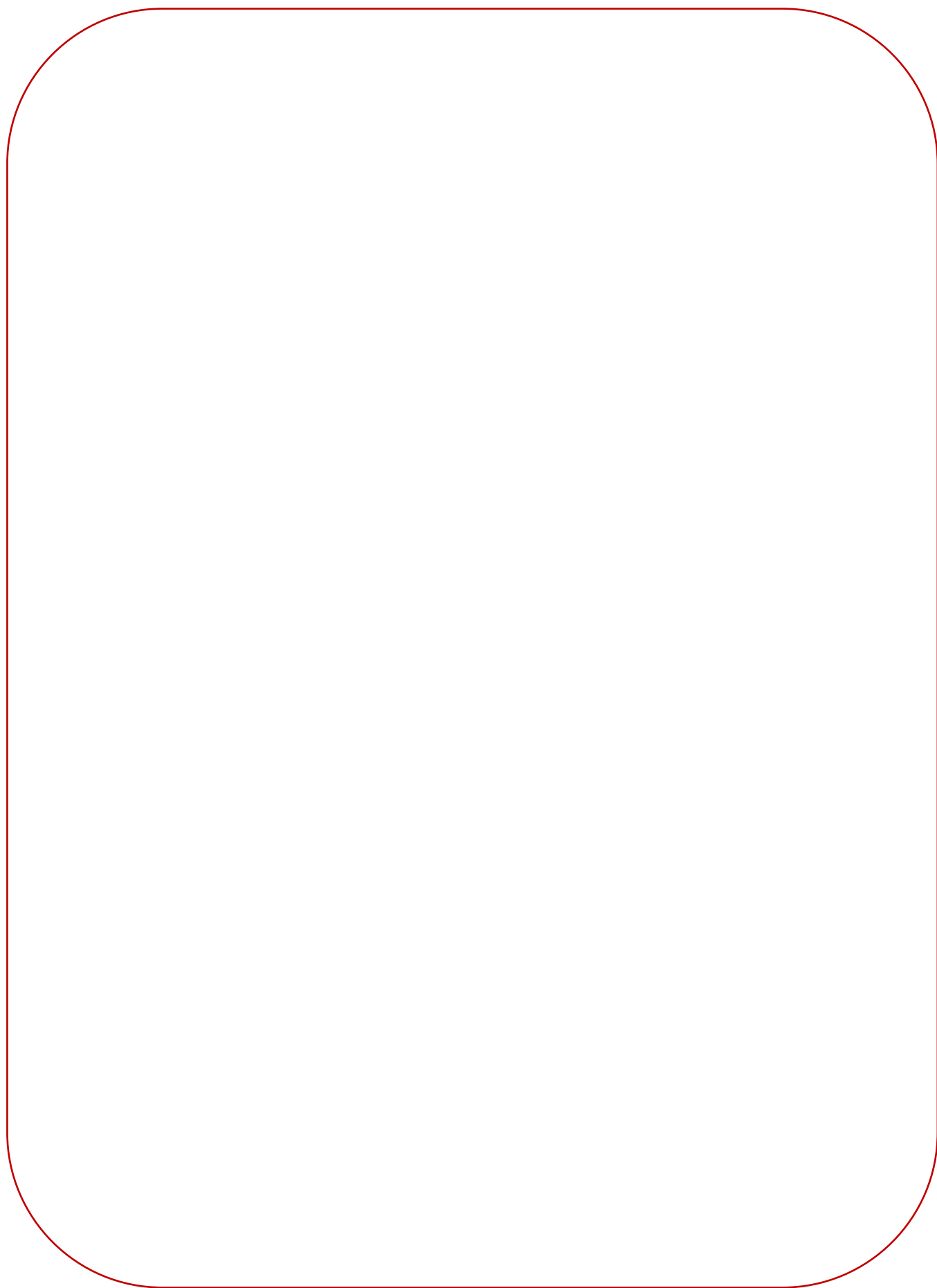
MÁSTER EN MATRIMONIO Y FAMILIA

Trabajo Fin de Máster

Filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina y los derechos de los hijos así concebidos.

María Eugenia Baldessari.

Director del trabajo: Dr. Nanclares Valle, Javier.
Pamplona.
Noviembre 2017.



Filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina y los derechos de los hijos así concebidos.

María Eugenia Baldessari.

Director del trabajo: Dr. Nanclares Valle, Javier.

Filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina y los derechos de los hijos así concebidos.

Resumen.

El objetivo de este trabajo es el estudio de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino. La tesis de trabajo consistirá en analizar cómo en esta nueva categoría filiatoria, fundada sobre la voluntad procreacional se legisla primordialmente tomando en cuenta las necesidades del adulto que hará uso de las técnicas de reproducción humana asistida, olvidando así los derechos del hijo. Se demostrará como frente a la colisión entre el derecho del adulto a la procreación y el derecho del hijo a la vida, a la identidad y a crecer con un padre y una madre, el derecho otorga primacía a los derechos del adulto.

Palabras claves: derechos del hijo, técnicas de reproducción humana asistida, embrión, derecho a la vida, filiación, derecho a la identidad, anonimato del donante, gestación por sustitución, fecundación post mortem, voluntad procreacional, consentimiento.

Abstract

The objective of this paper is the study of filiation by human assisted reproduction techniques in the new civil and commercial Argentinian code. The thesis statement will mainly consist in analysing how in this new filiation category which is founded in the procreational will, it will be legalised by mainly taking into consideration the necessities of the adult who will make use of the assisted reproduction techniques, forgetting the children's rights. Facing the collision between the adult's right to procreation and the right of the children to life, identity and growing up with a father and a mother, the law gives primacy to the adult's right.

Key words: Children's rights, human assisted reproduction technique, embryo, right to life, filiation, right to identity, the right to remain anonymous as a donator, surrogate motherhood, post mortem fecundation, procreational will, consent.

ÍNDICE ANALÍTICO.

Introducción.	9
Capítulo 1 Derecho del hijo a la vida.....	14
1.Estatus jurídico del embrión humano: diferentes teorías y protección legal.....	14
1.1. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo vs./ Costa Rica. Sentencia 28/11/2012.....	18
1.1.a. Hechos del caso.....	18
1.1.b. Contenido de la sentencia.	19
1.1.c. Análisis de términos realizados por la Corte.....	20
1.1.d. Valoración de la sentencia.	21
1.2 Caso Evans vs. Reino Unido.Sentencia de la Gran Sala 10/4/2007.....	22
1.2.a. Hechos del caso.....	22
1.2.b. Contenido de la sentencia.	23
1.2. c. Valoración de la sentencia.....	24
1.3. Caso Oliver Brüstle vs. Greenpeace e.V. Sentencia de 18 de octubre de 2011 (Gran Sala)..	25
1.3. a. Hechos del caso.....	25
1.3.b. Contenido de la sentencia.	25
1.3. c. Valoración de la sentencia.....	27
1.4. Caso Parrillo vs. Italia. Sentencia de Gran Sala 27/8/2015.....	29
1.4.a. Hechos del caso.....	29
1.4. b. Contenido de la sentencia.	31
1.4.c. Valoración de la sentencia.....	32
1.5. Estatus jurídico del embrión en la legislación española.....	33
1.6. Estatus del embrión en la legislación argentina.	38
1.6.a. Jurisprudencia argentina donde se reconoce la personalidad del embrión.	39
1.6.b. Posición contraria a la personalidad del embrión.	40
1.7. Conclusiones.....	41
Capítulo 2 Derecho del hijo a la identidad.....	43
2. Derecho a la identidad. Concepto. Recepción Legal.	43
2.1. Derecho del hijo a la identidad.	45
2.2. Derecho a la identidad y su visión en la jurisprudencia.....	46
2.2.1. Derecho a la identidad en casos de adopción en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	47
2.2. 1.a. Caso Fornerón e hija vs. Argentina.Sentencia 27/4/2012.	47
2.2. 1.a. I Hechos del caso.....	47
2.2.1. a. II. Contenido de la sentencia.	49
2.2.1. a.III. Valoración de la sentencia:.....	51

2.2.1.b. Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia del 24/2/ 2011.....	52
2.2.1. b.I. Hechos del Caso.	52
2.2.1. b. II. Contenido de la sentencia.....	52
2.2.1. b.III. Valoración de la sentencia.	54
2.2.2. Derecho a la identidad en un caso de una adopción en Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Odièvre contra Francia. Sentencia del 13/2/2003.	55
2.2.2. a Importancia del Caso Odièvre con relación al derecho a la identidad.	55
2.2.2.b. Hechos del caso.....	55
2.2.2. c. Contenido de la sentencia.....	57
2.2.2. d. Valoración de la sentencia.	58
2.2.3. Derecho a la Identidad en el Tribunal Supremo español. Sentencia del 21 de septiembre 1999.....	59
2.2. 3.a. Hechos del caso.....	59
2.2.3. b. Contenido de la sentencia.	60
2.2.3. c. Valoración de la sentencia.....	61
2.3. Conclusiones.	62
Capítulo 3 El derecho del hijo a establecer su filiación como parte del derecho a la identidad.	63
3. Filiación y técnicas de reproducción humana asistida.	63
3.1. Concepto de filiación y voluntad procreacional.....	63
3.2. Filiación en el Nuevo Código argentino y aparición de una nueva categoría de hijos: los nacidos por reproducción asistida.	64
3.3. Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida y voluntad procreacional en el Código argentino.	65
3.4. Derecho a la identidad y a la filiación en el nuevo Código argentino.	67
3.4.1. Filiación natural y derecho a la identidad.	70
3.4.2. Filiación adoptiva y derecho a la identidad.....	70
3.4.3 Filiación por técnicas de reproducción humana asistida y el derecho a la identidad.	71
3.5 Cuadro comparativo del tratamiento de la filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida en Argentina.	73
3.6 Filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida en el derecho español.	76
3.6. 1. Inseminación artificial homóloga en caso de matrimonio	77
3.6.2. Inseminación artificial homóloga en caso de convivencia more uxorio.	77
3.6.3. Inseminación artificial heteróloga en caso de matrimonio.....	78
3.6.4. Inseminación artificial heteróloga en caso de convivencia more uxorio:	78
3.6.5. Inseminación artificial de la mujer carente de pareja. Maternidad en solitario.	79
3.6.6. Inseminación artificial en caso de pareja de mujeres.....	80
3.6.7. Inseminación artificial heteróloga por error.....	80
3.7. Derecho a la identidad en la legislación española.....	81
3.7.1 Filiación natural y derecho a la identidad.	81
3.7.2. Filiación adoptiva y derecho a la identidad.....	82
3.7.3. Filiación por técnicas de reproducción humana asistida y derecho a la identidad.....	83

3.8. Conclusiones:.....	85
Capítulo 4 Gestación por sustitución y derechos del hijo	86
4. Gestación por sustitución.....	86
4.1. Concepto de gestación por sustitución.....	86
4.2. Conflictos éticos jurídicos que plantea. Posiciones a favor y en contra.	87
4.3. Distintas teorías de atribución de la maternidad.	91
4.3.1. Test genético.	91
4.3.2. Test gestacional.....	91
4.3.3. Test de la intención. Caso Johnson vs. Calvert. (Sentencia 20/5/1993).....	92
4.3. 3.a. Hechos del caso.....	92
4.3.3.b. Contenido de la sentencia.	93
4.3.3.c. Valoración de la sentencia.....	94
4.4. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con referencia a la gestación por sustitución.	95
4.4.1. Puntos en común de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson vs. Francia (24/6/2014) y Labasse vs. Francia. (26/6/2014).	95
4.4.2. Caso Mennesson. Sentencia 24/6/2014.....	96
4.4.2. a Hechos del caso.....	96
4.4.2. b. Contenido de la sentencia.	96
4.4.2. c. Valoración de la sentencia.....	97
4.4.3. Paradiso, Campanelli vs./Italia Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	98
4.4. 3.a. Hechos del caso.....	98
4.4.3. b. Contenido de la sentencia.	99
4.4.3. c. Valoración de la sentencia.....	100
4.5. La gestación por sustitución en España.	101
4.6. La gestación por sustitución en la Argentina.	107
4.6.1. Gestación por sustitución en el Anteproyecto del código.	107
4.6.2. Situación de la gestación por sustitución con la sanción del nuevo Código.	108
4.7. Conclusiones.	113
Capítulo 5 Fecundación post mortem y derecho del hijo a tener un padre y una madre.	114
5. Fecundación artificial post mortem.....	114
5.1. Argumentos jurídicos esgrimidos en favor y en contra de la figura. Derecho al hijo.....	114
5.2. El rol paterno.....	117
5.3. La figura de fecundación postmortem en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida española 14/2006.	118
5.3.1. Determinación de la filiación en caso de fecundación post mortem en la legislación española.....	120
5.4. Filiación post mortem en el Nuevo Código Argentino.	121
5.4.1. Fecundación post mortem y falta de consentimiento informado, existencia de embriones y determinación de la filiación.....	122
5.5. Conclusiones.	124

6. Conclusión del trabajo.	125
7. Bibliografía.	128

INTRODUCCIÓN.

El Código Civil de la República Argentina, obra del jurista Dalmacio Vélez Sarsfield, fue aprobado por el Congreso en el año 1869, estableciéndose su vigencia desde 1871. Esta redacción original permaneció intacta hasta el año 1968, cuando se realizó una amplia reforma de su texto. Pero es recién en el año 2011 que se inició una reforma integral del mismo, formándose una Comisión Especial que tuvo la misión de elaborar un anteproyecto. Tras una amplia consulta que generó grandes debates en la sociedad, el 1 de octubre de 2014, el Congreso aprobó el nuevo *Código Civil y Comercial de la Nación*, que entró en vigor en agosto de 2015. El nuevo Código ha unificado los Códigos Civil y Comercial de la Nación en un solo cuerpo legal.

En lo que hace al derecho de familia, las reformas han sido amplias. El nuevo Código se aleja de la idea de un matrimonio natural y heterosexual para dar cabida a otras formas de unión, dejando de ser un requisito del matrimonio el carácter de heterosexualidad entre los cónyuges y admitiéndose, a partir de la sanción de la ley de matrimonio homosexual, las uniones de este tipo.

En lo que respecta a las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA), tanto la homóloga (con material de la misma pareja) como la heteróloga (con material de un tercero) se hallaban reguladas bajo la Ley 26.862 del 26 de junio de 2013, que consagraba a nivel nacional la cobertura integral de estos procedimientos.

El Nuevo Código Civil de Argentina incorpora estas técnicas regulando sus efectos, en especial en lo que hace a la filiación. De este modo junto a las categorías filiatorias ya existentes, la filiación por naturaleza y la filiación por adopción, se crea con la sanción del Nuevo Código una tercera categoría: la filiación por técnicas de reproducción asistida.

Este nuevo tipo de filiación presenta características propias que la distinguen de las otras dos. La filiación por naturaleza se apoya para su determinación en el dato genético que funciona como el determinante para decidir quiénes son los padres. Por otro lado, la filiación por adopción se funda para su establecimiento en la existencia de una ficción jurídica, una sentencia por la cual se declara quiénes serán los padres. Ahora bien, en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida el dato para tener en cuenta a los efectos de la determinación de la paternidad será la voluntad procreacional, es decir, no será el dato biológico o genético el que determinará la paternidad, sino la voluntad formalizada a través

del consentimiento (previo, informado y libre) de ser padres y asumir los derechos y obligaciones respecto de ese hijo que se va a concebir.

El objeto de este trabajo es el estudio de esta nueva categoría filiatoria por TRHA surgida a partir de la sanción del nuevo Código Nacional.

A fin de comprenderla, se abordará el concepto de *voluntad procreacional* como constitutiva de este tipo de filiación y el tema del consentimiento por el cual se expresa dicha voluntad procreacional.

Al analizar este tipo de filiación por TRHA surgen varias cuestiones ético-jurídicas a contemplar: la situación de los embriones crioconservados y los utilizados para fines de investigación, el derecho al anonimato del donante de material genético, el derecho a la identidad, la licitud del contrato de gestación por sustitución, o las cuestiones que presenta la fecundación *post mortem*. Todas ellas, sin embargo, tienen en común, que, en última instancia, se refieren a la persona del hijo y sus derechos. Por ejemplo, el anonimato del donante genera una cuestión ético-jurídica sobre su licitud y sus límites referida al derecho a la identidad, que finalmente es un derecho cuyo titular es el hijo. Otro ejemplo es la cuestión de si el derecho considera o no persona a los embriones y desde cuándo lo hace, lo que se conecta con un derecho del hijo, cual es el derecho a la vida.

La tesis que atraviesa este trabajo, pues, es que esta nueva categoría filiatoria fundada en la voluntad procreacional de los padres, se legisla primordialmente tomando en cuenta las necesidades del adulto que hará uso de las TRHA, en menoscabo del niño.

A través de la voluntad procreacional, se otorga al adulto el poder de decidir el modo en que se va a llevar a cabo este proyecto parental. Es indiferente si el mismo se emprende dentro o fuera del matrimonio, sin importar su carácter heterosexual u homosexual, o asumiendo la maternidad o paternidad en solitario.

Como es posible observar, la voluntad procreacional como fuente de filiación se erige como la expresión más grande de la autonomía de la voluntad dentro del derecho de familia.

Una autonomía que parece no tener límites, haciendo posible pensar en figuras como la gestación por subrogación o la fecundación *post mortem*.

El objetivo de este trabajo consistirá, entonces, en mostrar cuáles son las normas que, centradas en la perspectiva de la problemática del adulto, olvidan o dejan de lado la perspectiva del hijo, sus derechos, intereses y necesidades. Dando un paso más y especificando la pregunta, se mostrará cuáles son los conflictos que se presentan entre el

interés del adulto y el del niño. La intención es poner en evidencia cómo ante estos conflictos (adulto-hijo), al sopesar el derecho del adulto y el derecho el niño se tiende a relegar a este último a un segundo plano. A fin de contestar a la pregunta de trabajo formulada y mostrar la afectación concreta a los derechos del niño, en cada uno de los capítulos se desarrollará un derecho específico del hijo y se mostrará la afectación del mismo en el caso de la filiación por TRHA.

Las fuentes legales que se utilizarán a lo largo del presente trabajo para responder al interrogante planteado y para descubrir cuál es el interés que intenta asegurarse en forma prioritaria (si el derecho del niño o, por el contrario, el del adulto) serán fundamentalmente la *Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida* en España, así como el *Código Civil español* y el nuevo *Código Civil y Comercial de Argentina*. Se recurrirá a documentos Internacionales como: la *Convención de los Derechos del Niño*, la *Convención Americana de Derechos humanos*, o la *Declaración Universal de Derechos Humanos*. En segundo lugar, se comentará la jurisprudencia tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Por último, se analizará jurisprudencia del Tribunal Supremo español (TS) y de la Corte Suprema, Cámaras y Tribunales Ordinarios de la Argentina.

En primer lugar, luego de esta breve introducción, se abordará en el capítulo primero la cuestión acerca del derecho del hijo a la vida. A fin de considerar este derecho, será necesario abordar el estatus jurídico del embrión humano y las diferentes teorías existentes con relación a si es o no persona y, en el primer caso, desde cuándo. Cabe aclarar que no es la intención hacer un estudio profundo y sistemático acerca de las teorías sobre el estatus jurídico del embrión, puesto que dicho análisis excedería los propósitos de este trabajo. Se presentará además en este capítulo el *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) así como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Sin intentar abarcar toda la jurisprudencia de dicho Tribunal se comentarán los fallos que entendemos más relevantes a los efectos de examinar la cuestión planteada, a saber: *Caso Evans vs. Reino Unido*, *Caso Oliver Brüstle c vs. Greenpeace* y *Caso Parrillo vs. Italia*. Se finalizará el capítulo con una referencia al estatus del embrión en el Nuevo Código argentino y en la legislación española.

En el capítulo segundo, se avanzará sobre el tema del derecho del niño a la identidad, tomando como punto de partida las siguientes preguntas específicas: ¿Existe efectivamente un derecho del hijo a conocer su identidad frente al derecho del donante a guardar secreto de su identidad? ¿El derecho a la identidad debería ceder ante el ejercicio del derecho a procrear? Una vez contestados estos interrogantes se estará en condiciones de responder a la pregunta principal planteada en este trabajo: de qué modo en concreto se olvida este derecho del hijo a la identidad con la implementación de las TRHA. Tras analizar el derecho a la identidad, su concepto y cuál es la visión del mismo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de los fallos *Fornerón vs. Argentina* y *Gelman vs. Uruguay*, se desarrollará una aproximación a la jurisprudencia en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el famoso caso *Odièvre vs. Francia*. Finalmente, nos introduciremos en la legislación española y en el fallo del Tribunal Supremo del año 1999.

En el capítulo tercero, se abordará cómo establece el hijo su filiación en las TRHA como parte de su identidad. Para ello, analizaremos la filiación por TRHA y el derecho a la información del hijo sobre su origen y el ejercicio de las acciones de filiación. Se efectuará un análisis comparativo entre los tres tipos de filiaciones: por naturaleza, por adopción y por TRHA tanto en la legislación española como en la argentina. El objetivo es dejar establecido cómo a través del bloqueo de las acciones de filiación y del acceso a la información sobre su origen se dificulta o impide la concreción del derecho del hijo a la identidad, teniendo, además, efectos con relación al derecho a alimentos y al derecho sucesorio.

En el capítulo cuarto, se analizará la gestación por sustitución desde la óptica de los derechos del niño, mostrando cómo colisionan el derecho de procreación de los padres, el derecho de la gestante a servirse de su cuerpo y el principio de igualdad y no discriminación con el derecho del hijo a la identidad y a la salud. Se presentarán las opiniones a favor y en contra de la gestación por sustitución, así como un análisis de la reciente ley portuguesa que la regula. Se comentará la visión de la jurisprudencia del TEDH, analizando los *Casos Mennesson vs. Francia*, *Labasse vs. Francia* y *Paradiso Campanelli vs. Italia*, para finalizar comentando cual es el estado de la legislación en Argentina y en España. En el caso de Argentina, como la figura de la gestación por sustitución no se encuentra regulada, se analizarán las diferentes soluciones dadas por la jurisprudencia respecto al establecimiento de la filiación en estos casos.

En el capítulo quinto, se presentará la figura de la fecundación *post mortem* y el derecho del hijo a tener un padre y una madre y a ser criado por ambos. Frente al interés de la madre por

ver satisfecha su maternidad, basada en el pretendido derecho a la reproducción, se contrapone el interés del hijo, representado en su derecho a nacer en el seno de una familia compuesta por ambos progenitores. Al producirse nuevamente, como ya se planteó anteriormente en la tesis, una colisión entre un derecho del adulto y un derecho del hijo se buscará ilustrar cuál es la solución que se elige en la *Ley 14/2006* de España y en el nuevo *Código Civil y Comercial de la Argentina*.

Por último, se realizará una conclusión del trabajo desarrollado a la luz de la tesis presentada.

CAPÍTULO 1 DERECHO DEL HIJO A LA VIDA

1.Estatus jurídico del embrión humano: diferentes teorías y protección legal.

Para hablar del derecho a la vida es indispensable contestar a la pregunta relativa a desde qué momento existe la misma, lo que exige abordar el tema del estatus jurídico del embrión. Proponer agotar este aspecto, sin embargo, es un objetivo que excede ampliamente este trabajo. El fin perseguido es simplemente mostrar cómo según la teoría sobre el inicio de la vida a la que se adscriba una legislación, así será la protección que brinde la ley al derecho a la vida, cuya titularidad corresponde al hijo.

Se comenzará proponiendo dilucidar cuál es el concepto de embrión. Para Bellver Capella el término embrión se utiliza para denominar al organismo resultante de la fusión del óvulo y el espermatozoide hasta que alcanza los tres meses de desarrollo, momento en que comienza a denominarse feto (Bellver Capella 2008 p.183). La *Ley española Ley 14/2007* del 3 de julio de *Investigación Biomédica* en su art. 3 define, como preembrión:

” el embrión constituido in vitro formado por el grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”.

Mientras que considera al embrión como la

” fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener”.

Por último, define como feto

” al embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, que va madurando desde los 57 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener, hasta el momento del parto.”

El término preembrión se acuñó a partir del informe WARNOCK, en referencia a los embriones antes del día 14. El argumento se funda en la idea de que los embriones son considerados como meros desarrollos celulares de células humanas, ya que de no ser implantados no lograrían subsistir y serían por tanto solo posibilidades de ser personas. Contra este argumento, López Moratalla detalla el desarrollo biológico del embrión durante los primeros 14 días y afirma que la fecundación no es un instante ya sea que se haya llegado a la vida engendrado o por fecundación artificial, cada cigoto vivo es un ser humano con el carácter personal propio y específico de todos los individuos de la especie humana. Esta

autora llama la atención sobre el hecho de que un embrión, por ser in vitro y no haber sido implantado, no tiene un valor distinto a un embrión en el útero, sino que solo significa que sus progenitores-dueños no quieren o no pueden permitirle que anide. A su parecer, el desarrollo humano es un proceso unitario e integrado, sin que haya una etapa que sea más importante que otra o un momento en el que el embrión sea más persona; puesto que no hay un diferente nivel de realidad ontológica, se trata del mismo individuo, ya sea en plenitud de vida embrionaria o fetal o anciana (López Moratalla 2009, p.7).

Por su parte Núñez de Castro, en el mismo sentido que López Moratalla destaca que el desarrollo epigenético del embrión como una unidad primaria se lleva a cabo sin solución de continuidad, coordinada y gradualmente, bajo el control del nuevo genoma implementado por las señales autocrinas, paracrinas, endocrinas y ectocrinas. No hay, sostiene este autor, ningún momento privilegiado o más importante que los demás en el desarrollo del embrión (Núñez de Castro 2009, p.95). Respecto a la necesidad de la implantación del embrión para su supervivencia, el hecho de que el embrión humano requiera para cumplir su proyecto de vida de un ambiente adecuado no le quita ni un ápice de su dignidad de persona, ya que la necesidad de un ambiente apto para su normal desarrollo es válida para todos los individuos vivos desde los más sencillos hasta los más evolucionados (Córdoba Palacio 2007, pp. 54-63).

Por otro lado, se ha argumentado en contra de la personalidad e individualidad del embrión por el hecho de la posible formación de gemelos, molas o quimeras. Lo que sucede en la generación monocigótica no es que un individuo se convierta en dos, sino que de un individuo se genera otro, sin perder su propia individualidad originaria. No hay un individuo que sea al mismo tiempo dos individuos, sino que hay un individuo del cual tiene origen otro individuo (Córdoba Palacio 2007, p.61).

Se pueden identificar dos corrientes de opinión opuestas respecto del tema que estamos tratando: por un lado, los ontologistas (o personalistas), y por otro los funcionalistas. Para los primeros el embrión es el primer estadio de la vida humana y su valor de persona viene dado desde la concepción. Para el personalismo la persona surge en el momento de la concepción, con independencia de que manifieste o no determinadas cualidades. Sostienen los personalistas que estas cualidades están sujetas en su desarrollo a infinitas contingencias y no pueden ser éstas las que determinen el valor de la persona. En el lado opuesto están los funcionalistas, quienes sostienen que el embrión solo con el paso del tiempo va adquiriendo cualidades que permitirán considerarlo como persona (la actividad cerebral, la capacidad de

sentir, la viabilidad en el seno de la mujer, la forma humana, etc.). Para los funcionalistas, el ser sigue a la función; por el contrario, para los ontologistas la función sigue al ser (Bellver Capella, 2008, p. 183).

Podemos afirmar, por tanto, que la persona es un ser dotado de fines propios con una dignidad radical a la que el derecho califica pero que de ningún modo crea. Esta dignidad radical, tiene dos consecuencias: 1) no puede la ley positiva negar la personalidad del ser humano cualquiera sea su condición o estado (nacido, no nacido, menor o mayor de edad, viable o inviable, de una u otra raza) 2) la personalidad como tal no puede limitarse, por lo que constituiría una injusticia negar el derecho a la vida del no nacido (Storch de Gracia y Asencio 1987, p.8).

Para afirmar que existen seres humanos que no son personas hay que desconocer la noción de naturaleza humana y entonces se fijarán más o menos arbitrariamente características que hacen que un ser humano pueda ser llamado persona (raciocinio, capacidad de interactuar con otros etc.).

La dignidad del ser humano existe por su estructura ontológica con independencia de que sea reconocida o no por el ordenamiento positivo. Aún más, el ordenamiento jurídico no podría desconocer esta dignidad ya que la misma se asienta en la naturaleza humana. La dignidad humana está dada por la ley natural y por esto no puede ser abolida. Hervada explica que la persona humana no es digna por predicación extrínseca, sino por entidad intrínseca, no significa otra cosa sino un ser normativo, un ser que no puede ser tratado de cualquier modo, sino que debe ser tratado y debe desarrollarse según lo que le es debido (Hervada,1992).

La idea de que existen derechos de la persona que existen más allá de toda ley, orden o autoridad, es la que da origen al concepto de derechos humanos que son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles, uno de los cuales es el derecho a la vida.

Respecto al reconocimiento del derecho a la vida en los documentos internacionales, el mismo está presente, entre otros, en los siguientes tratados internacionales que se citan a continuación:

Sistema Universal

1)Declaración Universal de Derechos Humanos art.3:

“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”

2)Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 6:

“El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”

Sistema Europeo

3) Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales art.2:

“1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.”

4) Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea art. 2:

“1. Toda persona tiene derecho a la vida.”

Sistema Americano

5) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se asocia el derecho a la vida a todo ser humano no a su personalidad. art.1:

“Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”

6) Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 4., que protege inclusive la vida del embrión, estableciendo:

“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

Sistema Africano

7) Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, donde el derecho a la vida se atribuye al ser humano, art. 4

“Los seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona. Nadie puede ser privado de este derecho arbitrariamente.”

Con relación a los Convenios que tratan específicamente de la niñez, debemos destacar que la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño en sus cinco artículos no hace mención al derecho a la vida.

En cambio, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, establece en su Preámbulo el derecho a ser protegido incluso antes del nacimiento, ubicando este derecho sobre cualquier otro:

“Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

La Convención de los Derechos del Niño (1989) reitera en su Preámbulo en los mismos términos la protección al niño tanto antes como después de su nacimiento, remitiéndose a la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 establece:

” Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

En su art.1, la Convención define al niño, como “todo ser humano menor de 18 años”. Por tanto, define un límite máximo, pero no un inicio de cuándo comienza a considerarse niño (–en otras palabras, – no dice que los derechos del niño comienzan en el momento de su nacimiento). Por su parte el artículo 6 afirma que

“todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida” y, yendo aún más allá, que los “Estados parte velarán...por la supervivencia y el desarrollo del niño”.

La Observación general N.º 14 (2013), al analizar en su punto 2 la aplicación de este principio del interés superior (art.3 párrafo1 de la Convención) en relación con otros principios de la Convención -en este caso el art.6 sobre el derecho a la vida- establece que:

” Al evaluar y determinar el interés superior del niño, el Estado debe garantizar el pleno respeto de su derecho intrínseco a la vida, la supervivencia y el desarrollo” (Párrafo 42).

A continuación, se comentarán algunas sentencias relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ponen de manifiesto qué concepto jurídico se tiene de la vida embrionaria y cuál es la protección que se otorga al embrión en dichos tribunales.

1.1. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo vs./ Costa Rica. Sentencia 28/11/2012.

Se trata de un fallo muy extenso, por lo cual su análisis a fondo daría lugar a otro trabajo aparte del presente. Así pues, en este trabajo solo se destacarán los puntos fundamentales de la sentencia: el nuevo concepto de concepción que establece y la relectura que hace del art. 4 de la Convención sobre la extensión del derecho a la vida. Se prestará especial atención a la colisión de derechos que se produce entre el derecho a procrear o a formar una familia, frente al derecho del embrión /hijo a la vida. Entre ambos derechos enfrentados, la Corte priorizó el primero y consideró que no existe un derecho absoluto a la vida del embrión. También reflexionó la Corte sobre si los demandantes habían visto amenazado sus derechos a la intimidad (poder decidir tener o no hijos) y a no sufrir discriminación de ningún tipo debido a su enfermedad (considerando como tal la imposibilidad de tener hijos).

1.1.a. Hechos del caso.

Los hechos son los que se exponen a continuación: La Corte Suprema de Costa Rica hizo frente a la tacha de inconstitucionalidad del decreto que regulaba la FIV en su sentencia del

15 de marzo de 2000, dejando asentado en su dictamen que la práctica aludida violaba el derecho a la vida en tanto implicaba la eliminación o destrucción de embriones. Por este motivo, la Corte entendió que el decreto que la autorizaba contravenía los derechos de la Constitución de Costa Rica y en consecuencia procedió a prohibir la práctica.

Por su lado, varias parejas se consideraron afectadas por esta decisión que les impedía ejercer su derecho a la intimidad y a formar una familia recurriendo tal medida ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y demandando a Costa Rica.

1.1.b. Contenido de la sentencia.

La sentencia considera los siguientes puntos:¹.

- 1) Reflexiona la Corte Interamericana que no existe proporcionalidad en la prohibición de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la pretendida protección del embrión. Estima la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- 2) Sobre el derecho a la vida del embrión, establece que el mismo no tiene una protección absoluta en la Convención Americana (apartado 273 de la sentencia).
- 3) Encuentra la Corte que, efectivamente, los demandantes se han visto afectados por la prohibición, violándose con la misma el derecho a la intimidad, como así también se ha afectado la autonomía personal, el proyecto de vida de pareja, así como su integridad psicológica (apartados 279-284).
- 4) En opinión de la Corte ha existido discriminación al no permitir el acceso a la Técnicas de Reproducción Humana Asistida a las personas que sufren de una enfermedad del sistema reproductivo (ver apartado 293 sentencia).
- 5) Señala la Corte que las pérdidas embrionarias se dan tanto en el embarazo natural como en las TRHA por lo que no deben ser evaluadas como un motivo para la prohibición de las TRHA (ver número 313).

Por último, la Corte condena a Costa Rica, quien deberá tomar las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de práctica de las TRHA y para incluir la misma dentro de sus programas de atención a la salud.²

¹ Se agrega al análisis de la sentencia realizado, los apartados de la sentencia donde la Corte trata dichos puntos.

² Boletín Jurisprudencial de la CIDH, N° 5, enero-abril 2016, pp. 9-10. Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, resolución de supervisión de cumplimiento En la resolución de febrero de 2016, la Corte consideró que al haber mantenido la prohibición de practicar la FIV en Costa Rica a pesar de lo ordenado por la Sentencia y del efecto inmediato y vinculante que debería tener, el Estado ha incumplido sus obligaciones internacionales perpetuando una situación de violación a los derechos a la vida privada y familiar que podría generar graves e irreversibles consecuencias en aquellas personas que requieren acceder a esta técnica de reproducción. El Tribunal consideró que, según fue declarado en la Sentencia la prohibición de practicar la FIV es manifiestamente incompatible con

1.1.c. Análisis de términos realizados por la Corte.

La Corte, a lo largo del fallo, realiza una interpretación evolutiva y define los siguientes conceptos: "vida privada", "persona", "concepción", "en general".

Estas definiciones tendrán importancia para el reconocimiento que hará la Corte sobre el momento en que el embrión será digno de protección, así como sobre cuál será el alcance del derecho a ser padres como expresión del derecho a la vida privada.

1) Vida privada. Para la Corte el contenido del artículo 11 de la Convención Americana, cuando dice "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada" implica la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar.

En su sentencia, el derecho a la vida privada se relaciona con: 1) la autonomía reproductiva, y 2) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos. Considera como una responsabilidad de los estados regular y fiscalizar lo relativo a la prestación de salud entre las que se encuentran el acceso a TRHA (ver apartados 143 y 144).

2) Persona. La Corte entiende que existe una relación íntima entre el concepto de persona y los conceptos de concepción y ser humano (apartado 176).

3) Concepción. Apunta la Corte que la definición de "concepción" que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término "concepción" desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana (ver apartado 189).

Esta interpretación que realiza la Corte resulta crucial para el alcance del concepto de embrión (desde la implantación) y preembrión (antes de la implantación).

la Convención Americana por violar dichos derechos y, por lo tanto, no puede producir efectos jurídicos en Costa Rica ni constituir un impedimento al ejercicio de los referidos derechos protegidos por la Convención.

4) La expresión “en general”. La Corte realiza un análisis del art 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo que protege el derecho a la vida y establece que el derecho a la vida “estará protegido por la ley y, **en general**, a partir del momento de la concepción” (la negrita es mía).

Para la Corte, es posible concluir que las palabras “en general” significan que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino que es gradual y se incrementa según su desarrollo (apartado 264), siendo este el motivo por el que el legislador agregó la expresión “en general” entre comillas (apartado 190).

1.1.d. Valoración de la sentencia.

La sentencia arbitrariamente decidió que el embrión humano concebido no es persona, no es sujeto de derechos y redefinió la concepción no ya como fertilización sino como implantación. Se deriva de este nuevo concepto de embrión y de concepción la falta de protección hacia el embrión no implantado.

Esta nueva definición de preembrión como el embrión no implantado y merecedor solo de una protección gradual, pero sin un derecho absoluto a la vida, junto a la noción de vida privada entendida como la autonomía reproductiva (decidir ser o no ser padre y el modo) tiene como consecuencia que el derecho a ser padres se transforma en un super derecho que además debe ser garantizado por el Estado.

Carranza Latrubesse (2013) en un artículo en cual realiza una crítica del fallo que nos ocupa, explica que este artículo 4 debe ser leído en conjunto con el art 27 de la Convención,³ lo cual nos lleva a concluir que el derecho a la vida no es de un derecho que pueda ser derogado o limitado por los estados miembros. El autor realiza luego un detallado estudio de toda la legislación latinoamericana con relación a desde cuándo se protege la vida y concluye que en todos los países se protege la vida, la salud y ciertos derechos del por nacer, por lo cual no parece atinada la postura de la Corte cuando afirma que “no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida”. Siguiendo con esta idea, sostiene Carranza Latrubesse (2013) que la Corte no debió desconocer que los embriones gozan de protección

³ Convención Americana de Derechos Humanos art 27. *La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.*

en el derecho interno, ya que la misma ley de Costa Rica protege al embrión desde su concepción y el art 41 de la Convención de los derechos del niño expresa,

“Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado” (Carranza Latrubesse, 2013).

Es demostrativo para la tesis que sostiene el presente trabajo, el hecho de que en el fallo Artavia Murillo, enfrentados el derecho a ser padre y el derecho a la vida del embrión, el primero es considerado como superior. La Corte considera que existe persona solo desde la implantación por lo que para esta postura no habría ningún derecho a la vida por parte del embrión (para la Corte preembrión). También se deja en claro la primacía de la autonomía de la voluntad del adulto, quien podrá, según dice la Corte, decidir si desea ser o no madre o padre, considerando este derecho como parte del derecho a la vida privada (apartado 143 de la sentencia).

1.2 Caso Evans vs. Reino Unido. Sentencia de la Gran Sala 10/4/2007.

1.2.a. Hechos del caso

La demandante y su compañero, J. inician un tratamiento el 12 de julio del 2000 en una clínica de Bath especializada en reproducción médica asistida. Es así como, con fecha 10 de octubre de 2001 en una consulta en la clínica, la demandante y J son informados de que las pruebas preliminares habían revelado en la joven graves tumores precancerosos y que debía someterse a una ovariectomía bilateral. Se les indicó que como los tumores se desarrollaban lentamente sería posible obtener algunos óvulos para posteriormente realizar la FIV. Durante el transcurso de esta consulta la demandante preguntó si era posible congelar sus óvulos no fecundados; se le respondió que sí pero que la clínica no practicaba este procedimiento y que esta técnica se caracterizaba por un índice de éxito más reducido. En ese momento J tranquilizó a la demandante diciéndole que no iban a separarse, que no tenía que prever la posibilidad de congelar sus óvulos ya que él quería ser el padre del hijo que trajeran al mundo. Luego la pareja dió sus consentimientos estableciéndose en el formulario que se podrían modificar las condiciones del consentimiento en todo momento. En el 2001 la pareja acudió a la clínica y se fecundaron once óvulos, creando y conservando seis embriones.

Posteriormente sucedió la separación de la pareja y la posterior negativa del varón a autorizar la fecundación.

Con fecha 4 de julio del 2002, J notificó por escrito a la clínica que la pareja se había separado y que los embriones debían ser destruidos. La madre inició acciones legales ante la High Court, que fueron rechazadas por considerarse que la injerencia en la vida privada de la demandante se encuentra justificada ya que si se fallase a su favor se vulneraría el derecho del padre genético a no procrear. Considera la High Court que no se puede obligar a la demandante a ser madre ni a J a ser padre, más aún cuando esto significaría una responsabilidad legal de orden económico respecto del niño.⁴ Agotados todos los recursos internos, la demandante recurre ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Finalmente, la Sección Cuarta determinó que no había violación de los arts. 2, 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos referentes al derecho a la vida, respeto a la vida privada y familiar y la prohibición de discriminación. El 5 de junio del 2006 se remitió a solicitud de la demandante la causa a la Gran Sala, que confirmó la decisión con fecha 10 de abril del 2007.

1.2.b. Contenido de la sentencia.

La Sección Cuarta y posteriormente la Gran Sala (confirmando el dictamen de la primera) emitieron sus respectivas sentencias en base a los siguientes puntos:

1) La demandante aduce una violación del art. 8 del Convenio, con relación a que toda persona tiene derecho al respeto de su vida familiar, y considera que, al aceptar donar sus gametos para fecundar sus óvulos, J habría renunciado a su derecho a no procrear. Surge entonces la pregunta de si la noción de vida privada implica tanto el derecho a ser padre como el derecho a decidir no ser padre. El tribunal entiende que el recurso a la utilización de las FIV genera preguntas de carácter moral y ético y que no existe en este sentido concordancia entre los Estados miembros, por lo que considera se debe conceder al Estado demandando un amplio margen de apreciación y estar por tanto a lo dispuesto por la ley de 1990, que establece una política consistente en asegurar el continuo consentimiento de las partes sometidas a tratamiento. Para la Gran Sala, el derecho al respeto a la vida privada y familiar abarca la identidad social del individuo, la autonomía personal y el derecho a establecer relaciones con otros seres humanos, así como el derecho a decidir ser (o no) padre y madre.

⁴ Por el contrario, en Israel en el asunto *Nachmani vs. Nachmani* sentencia de 2 de septiembre de 1993 el Tribunal decidió a favor de la mujer considerando que el marido no podía retirar su consentimiento a tener un hijo, de igual forma que un hombre que fecunda el óvulo de su mujer en un intercambio sexual no puede hacerlo.

- 2) El Tribunal no cree que los derechos de J sean menos dignos de protección que los de la mujer afectada.
- 3) La demandante dice haber sufrido discriminación (art. 14 del Convenio) por considerar que se encuentra a merced del donante de esperma para procrear o no. Destaca que hay discriminación porque una mujer apta para procrear tras la fecundación es totalmente dueña del destino del embrión. El Tribunal plantea que no existe trato discriminatorio dado que la diferencia de trato se basa en una justificación objetiva y razonable, persigue un fin legítimo y hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.
- 4) La Gran Sala sostuvo respecto del derecho a la vida de los embriones que para la ley inglesa los embriones creados por la demandante y su ex pareja no tienen derecho a la vida en los términos del art. 2 y por lo tanto no hay vulneración de dicha disposición.

1.2. c. Valoración de la sentencia.

La Corte reflexiona en su sentencia, sobre dos temas: el tema del inicio de la vida y el tema consentimiento. En relación con el tema del inicio de la vida, la Corte manifiesta que no hay una visión uniforme sobre el tema entre los estados y considera que debe respetarse el margen de apreciación de cada estado respecto de este tema. Pero cabe interrogarse si un tema de tal magnitud debe ser dejado a la apreciación de los estados o debió ser establecido por la Corte un concepto uniforme sobre el inicio de la vida. Por otro lado, la no existencia de un concepto común sobre el inicio de la vida entre los estados miembros hace en la práctica imposible o al menos muy difícil, por parte del Tribunal la defensa de este derecho. No existiendo un derecho a la vida por parte del embrión, éste se transforma en un medio para cumplir el deseo o no de ser padre.

Con relación al tema del consentimiento la Corte le otorga importancia como modo de expresión de la autonomía personal y del derecho a la vida privada.

Este derecho a la vida privada considera la Corte que tiene un aspecto positivo que consiste el deseo de ser padre y un aspecto negativo que consiste en tener la voluntad de no ser padre aun a costa de la destrucción de embriones.

En síntesis, se deja al margen de apreciación de cada estado la decisión de cuando comienza la vida o dicho de otro modo si el embrión es digno de la protección del art.2 de CDH

1.3. Caso Oliver Brüstle vs. Greenpeace e.V. Sentencia de 18 de octubre de 2011 (Gran Sala).

Este caso es de fundamental importancia ya que amplía el concepto de embrión considerando como tal,

“todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis” (apartado 37 de la sentencia).

1.3. a. Hechos del caso.

El Tribunal Federal alemán de patentes, a petición de Greenpeace eV., declara nula en diciembre de 2006 una patente que había sido concedida a Oliver Brüstle registrada en 1997 y referida a un procedimiento de producción a partir de células madres embrionarias con el fin de utilizarlas como terapia para enfermedades neurológicas (Parkinson, Alzheimer). El demandado recurrió esta resolución ante el Bundesgerichtshof⁵ o Corte Federal de Justicia alemana

1.3.b. Contenido de la sentencia.

Como cuestión previa solicita el Bundesgerichtshof que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que aclare la interpretación del art. 6 apartado 2 letra c) de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. El art. 6. 1 de la mencionada Directiva establecía que quedarían excluidas de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial fuera contraria al orden público o a la moralidad, y el apartado art 6. 2 establecía como no patentables: los procedimientos de clonación de seres humanos, los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano y los procedimientos de la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales.

Dentro del Tribunal de Justicia de la Unión Europea el planteamiento de una cuestión prejudicial por uno de los estados miembros está prevista como un medio de garantizar la aplicación efectiva y homogénea de la legislación de la Unión y evitar interpretaciones divergentes. A este fin los jueces nacionales pueden, dirigirse al Tribunal de Justicia para que clarifique la interpretación de una norma, a fin comprobar la conformidad de la normativa nacional con el Derecho de la Unión. La cuestión prejudicial también puede versar sobre el control de la validez de un acto adoptado por las instituciones de la Unión.

⁵ La Corte Federal de Justicia (Bundesgerichtshof – BGH) es la corte más alta con jurisdicción civil y criminal, en Alemania.

El objetivo de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Bundesgerichtshof tenía como finalidad, determinar el ámbito de la patentabilidad que la Directiva establecía. De modo que, para determinar el ámbito de aplicación de la Directiva, surge la necesidad de buscar una definición uniforme (entre los países de la Unión Europea) del concepto de embrión humano. La ausencia de acuerdo entre los estados generaba el riesgo de que los autores de determinadas invenciones tecnológicas pudieran patentar sus descubrimientos en aquellos estados más permisivos, lo que sin duda produciría complicaciones en el funcionamiento del mercado. Ello tendría por consecuencia, por ejemplo, que una invención como la del Sr. Brüstle podría obtener una patente en determinados Estados miembros mientras que la patentabilidad de tal invención estaría excluida en otros. Ello iría en contra del principal objetivo de dicha Directiva que, recordamos, era el de establecer una protección eficaz y armonizada de las invenciones biotecnológicas (conclusiones 56 del abogado General Bot). Es dentro de este marco legislativo que el Bundesgerichtshof pide, en concreto, que el Tribunal aclare varios conceptos con relación a la aplicación de la Directiva mencionada.

Dichos conceptos se pueden sintetizar en tres:

- 1) Qué debe entenderse por embriones humanos: Entendiendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que todo óvulo humano a partir de la fecundación deberá considerarse embrión humano (apartado 35 de la sentencia). Comprende también el concepto de embrión: el óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y el óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis (apartado 36 de la sentencia).
- 2) Qué debe entenderse por “utilización de embriones humanos para fines industriales o comerciales”: Considerando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se refiere también a la utilización con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil (apartado 46 de la sentencia).
- 3) Si una invención debe ser excluida de la patentación cuando el producto a patentar en su elaboración exige la previa destrucción de embriones humanos para la fabricación de la materia prima: entendiendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que efectivamente según la Directiva queda excluida (apartado 52 de la sentencia).

Un aspecto para resaltar es que la sentencia abandona la distinción entre preembrión (antes de la implantación) y embrión considerando tal todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis.

El argumento de la sentencia es que una calificación jurídica diferente entre embrión y preembrión implicaría dejar que la probabilidad de la anidación o no, que depende en cierta medida del azar, sea erigida en fuente de derecho (apartado 87 de la Sentencia).

Como puede observarse, la sentencia del Tribunal de la Unión Europea reconoce la dignidad del embrión y en base a este hecho establece su no patentabilidad. Concluye, que hay embrión humano desde la existencia de células totipotentes, sin revestir importancia el medio por el que se hubiesen obtenido. En este punto, por tanto, no debería negarse la calificación jurídica de embrión al obtenido por fecundación in vitro.

1.3. c. Valoración de la sentencia.

El derecho a la vida se encuentra protegido en el sistema europeo en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el velar por el cumplimiento de dicho Convenio por parte de los estados partes, es tarea del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero también recibe protección el derecho a la vida en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Dicha Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece en su preámbulo que reafirma los derechos establecidos entre otros en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y protege explícitamente en el art.2 el derecho a la vida.

Es importante recordar que las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son jurídicamente vinculantes para todos los Estados miembros de la Unión, y surten efectos de manera inmediata. La sentencia posee, por tanto, validez directa en todos los países de la Unión. Pero a diferencia del Tribunal de la Unión Europea que da una definición de embrión a efectos de su patentamiento, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no da una definición común de que debe entenderse por embrión y por lo tanto ofrece una protección al embrión que queda en última instancia librada a la discrecionalidad de los estados partes.

Como puede verse no parece haber en el ámbito del sistema europeo un acuerdo sobre el estatus del embrión.

Cabe la pregunta de si podría considerarse que, con esta definición de embrión, se encuentra garantizado su derecho a la vida, tal como lo dispone el art.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Considero que sí, si se tienen en cuenta los art. 1 sobre dignidad humana y art. 2 sobre derecho a la vida de la Carta mencionada y por las razones que paso a exponer: la sentencia no tenía por fin definir qué es vida y cuándo comienza ésta, sino que la cuestión radicaba más bien, en cuál era la definición de cuerpo humano y en qué

estadio de su evolución obtiene la calificación jurídica de embrión. Definido esto, podrá recibir la protección reclamada, es decir la prohibición de su patentamiento:

La idea que subyace en la sentencia es que el respeto por la dignidad del ser humano comienza con el respeto al cuerpo humano.

Estaríamos ante un cuerpo humano que pasa por distintas etapas de desarrollo hasta alcanzar eventualmente el pleno desarrollo de su personalidad y que posee una dignidad propia la que se encuentra protegida por el art.1 de la Carta de los Derechos de la Unión y un derecho a la vida conforme el art.2 de Carta arriba mencionada. Una vez centrada la cuestión en la protección del cuerpo humano, el Tribunal de Justicia no vacila al considerar embrión humano a todo óvulo humano, a partir de la fecundación, precisamente porque la fecundación marca el inicio del desarrollo de un ser humano(apartado13).

Aún más, considera que “también debe atribuirse esta calificación al óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura, y al óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis”, y esto porque, aun no habiendo fecundación, “son aptos para iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano” (apartado14).

Pero hay que señalar que una primera limitación del concepto de embrión alcanzado por la sentencia es que el mismo se sitúa en lo que hace a la patentabilidad del mismo” no pudiendo extraerse consecuencias jurídicas en otros ámbitos que afectan a la vida humana” (conclusiones Yves Bot número 49). Es decir, se evita por la sentencia que el cuerpo humano caiga en la comercialización, pero se dejan fuera de la cuestión, entre otros motivos porque se está interpretando la Directiva, el concepto de embrión a fin de ser utilizado en otros ámbitos como podría ser el debate sobre otros temas como el aborto.

Una segunda limitación de la sentencia es que deja en manos del juez nacional determinar, a la luz de los avances de la ciencia si una célula madre obtenida a partir del embrión humano en el estadio de blastocito constituye o no embrión humano en el sentido del art.6, apartado 2 de la Directiva 98/44/CE. En este punto, y sólo en éste, no habría concepto común a efectos de la patentabilidad (Serrano Luis Calderón, 2011, p. 6).

Hay otro problema que se plantea en la interpretación de la doctrina sentada en el caso que comentamos y es el tema de si los embriones supernumerarios no viables son embriones.

La discusión se centra en cuando un embrión está capacitado para iniciar el proceso de desarrollo y convertirse en un ser humano.

La sentencia que finalmente dictó el Bundesgerichtshof de 27 de noviembre de 2012 respecto de la cuestión de la patente estimó conforme a derecho la patente solicitada por Oliver

Brüstle (atendiendo a la petición subsidiaria formulada por Brüstle, que añadía la fórmula “sin destrucción de embriones”).

El argumento que sostuvo el Bundesgerichtshof fue que un embrión fecundado al no ser viable no es capaz de desarrollarse y convertirse en un ser humano, y por lo tanto no sería embrión. La interpretación del Tribunal alemán parece olvidar la característica de totipotencialidad como modo de definir al embrión, y se concentra en su viabilidad.

Sin embargo, no es que el embrión carezca de potencialidad intrínseca para poder desarrollarse, sino que motivos externos a él se lo han impedido. En este sentido la doctrina establecida en la *Caso Oliver Brüstle vs. Greenpeace e.V.* será objeto de diferentes interpretaciones según qué se entienda por desarrollo apto para constituir un ser humano.

1.4. Caso Parrillo vs. Italia. Sentencia de Gran Sala 27/8/2015.

1.4.a. Hechos del caso.

La madre demandante practicó una fecundación in vitro en el año 2002 pero antes de la implantación de los embriones murió su marido. Decidió por ello no continuar con la implantación y proceder a la donación de los embriones con fines de investigación científica. Sin embargo, la Ley italiana 40 de 19 de febrero de 2004 prohibía la investigación con embriones humanos ⁶, motivo por el que, tras completar todo el proceso judicial interno infructuosamente, recurrió al TEDH.

⁶ Ley italiana 40 del 19 de febrero del 2004. CAPO VIMISURE DI TUTELA DELL'EMBRIONE ART. 13. (Sperimentazione sugli embrioni umani).

1. È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embione umano.

2. La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative.

3. Sono, comunque, vietati:

a) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge;

b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo;

c) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca;

d) la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere.

4. La violazione dei divieti di cui al comma 1 è punita con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro. In caso di violazione di uno dei divieti di cui al comma 3 la pena è aumentata. Le circostanze attenuanti concorrenti con le circostanze aggravanti previste dal comma 3 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste.

5. È disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo.

La demandante alega ante el TEDH que se viola el art. 8 de la Convención con la prohibición de ley 40/2004, ya que todos tienen derecho a que se respete su vida privada y aduce que perdió a su esposo en dramáticas circunstancias y eso le impidió formar una familia y que aun en el caso de que ella decidiera iniciar una familia, la implantación de embriones post mortem es ilegal en Italia (apartado 2. 132).

Por otro lado, reflexiona que la prohibición de donar los embriones para investigación es ilógica ya que la única alternativa ofrecida a la implantación es la muerte de los embriones. Sostiene la demandante que el gobierno prefiere que ella sea testigo de cómo se destruyen los embriones en lugar de donarlos para experimentación, lo que sería una noble causa y un cierto confort por todo el dolor que ha pasado (apartado 134).

Agrega que, si se permitiera la investigación con embriones, también se cubriría un interés público, sobre todo porque la investigación ayudaría a encontrar un tratamiento para enfermedades difíciles de curar (número 136).

Destaca, en referencia al caso *Oliver Brüstle vs. Greenpeace*, que la sentencia se refería a la prohibición de patentar invenciones en las que se hubieran utilizado o que implicaran la destrucción de embriones humanos pero que esto no significaba que las invenciones y la investigación debieran prohibirse (apartado 138).

En otro orden de cosas, sostiene que los embriones no pueden ser considerados individuos porque de no ser implantados no podrían desarrollarse y nacer.

Desde un punto de vista legal, se refiere a los embriones como posesiones (apartado 203). Por esta razón considera que tiene un poder de decisión sobre ellos, como dueña de los mismos (apartado 204).

Por su parte, el gobierno italiano argumenta que no se viola el art. 8 ya que la prohibición de donar los embriones para investigación es una decisión que debe ser respetada por entrar dentro del margen de discrecionalidad de cada Estado (apartado 122).

Más aún, sostiene que la ley italiana 40 del 19 de febrero del 2004, tiene como fin proteger la vida del embrión perteneciendo al ámbito de discrecionalidad de cada estado qué entiende por embrión y hasta dónde debe extenderse la protección (apartado 204).

Resalta el hecho de que los embriones tienen protección en la legislación europea, por la Convención de Oviedo de 1997 (apartado 126).

Agrega que no se puede equiparar la utilización de líneas celulares de embriones humanos que ya fueron destruidos con la destrucción de embriones para fines de investigación (apartado 128) y que con la ley 18 noviembre del 2005 sobre la adopción de embriones

supernumerarios, el gobierno intenta solucionar el tema de embriones sobrantes (apartado 130).

1.4. b. Contenido de la sentencia.

Los temas que analiza principalmente el Tribunal en su sentencia son si el art. 8 de la Convención, sobre la protección a la vida privada, incluye también el derecho a donar los embriones concebidos in vitro para la investigación científica y si existe un derecho de propiedad sobre los embriones.

Sobre el alcance del art. 8 de la Convención, que garantiza el respeto a la vida privada, entiende la Corte que implica tanto la decisión de ser padre como la de no serlo.

Específicamente en relación con el caso concreto, la Corte observa que en este caso la voluntad de donar los embriones a la investigación científica se expresa sólo por parte de la mujer, ya que no hay evidencia de una expresión de la voluntad a este efecto por parte de su compañero. Siendo necesaria según la Recomendación 1100 (1989) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su número 22 el consentimiento firmado de ambos padres para que tal donación sea válida.

Respecto de si existe un derecho de propiedad sobre los embriones el argumento del gobierno italiano se fundaba en que en el sistema jurídico italiano el embrión humano era considerado como un sujeto de derecho acreedor por tanto del respeto debido a la dignidad humana.

La demandante consideraba que los embriones concebidos in vitro no podían considerarse individuos y desde el punto de vista jurídico eran posesiones, siendo de aplicación entonces el art. 1 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Este Protocolo también conocido como Protocolo N° 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, es un protocolo adicional a la citada Convención, elaborado en el ámbito del Consejo de Europa y abierto a la firma de todos los estados miembros del Consejo que hayan ratificado la Convención. Su finalidad es incorporar nuevos derechos humanos a los proclamados por la Convención. Dicho Protocolo establece que toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie puede ser privado de su propiedad sino por el interés público y sujeto a las condiciones previstas por la ley y por los principios generales del derecho internacional.

En este sentido el Tribunal entendió que los embriones no pueden ser reducidos a posesiones, no siéndole de aplicación el Protocolo mencionado, pero no avanza en pronunciarse sobre la delicada cuestión sobre el inicio de la vida humana.

Decidiendo, por dieciséis votos contra uno que la falta de consenso europeo sobre una cuestión tan sensible como el inicio de la vida determina que Italia haya actuado dentro de su margen de apreciación no existiendo violación del art.8 de CEDH.

1.4.c. Valoración de la sentencia.

El Tribunal tuvo la oportunidad de abordar el estatus jurídico del embrión, pero consideró que no era necesario examinar una cuestión sensible y controvertida como es la de cuándo comienza la vida humana ya que el art.2 de la Convención no estaba en cuestión en el presente caso.

Si bien el Tribunal admitió que los embriones no pueden ser reducidos a posesiones, y que por tanto no había por parte de Italia violación del art. 1 del Protocolo, no avanzó sobre el concepto de embrión, abandonando su papel de garante del derecho a la vida establecido en el art.2 de la Convención.

Aunque la sentencia no trató a los embriones como cosas, consideró que existe un derecho de elección o autodeterminación en cabeza de los adultos (en este caso la madre) para “ejercer una elección consciente en relación con el destino de sus embriones” (apartados 158/160), pero destaca que en Italia el embrión reviste el estatus de sujeto de derecho motivo por el cual recibe protección por parte del estado.

Esta posibilidad de elección estaría basada en la especial relación existente, en una cierta identidad genética entre la madre y el embrión, que se debería al hecho de que los embriones contienen el material genético de la persona en cuestión.

Como consecuencia de lo antes dicho si bien la madre no tiene un derecho de propiedad sobre los embriones, sí posee la posibilidad de decidir sobre el destino de los mismos.

Se desconoce, por tanto, en el caso comentado la personalidad de los embriones como separada y distinta de la de su madre, aún desde los primeros estadios de vida.

Sin embargo, como se dijo anteriormente, en el presente caso el Tribunal encuentra que, Italia no violó el art.8 de la Convención y actuó dentro de su margen de apreciación dado que de lo que se trata no es el derecho a formar o no una familia sino de la donación de embriones para la investigación científica, situación que no entraría según la Corte en el derecho a decidir ser o no ser padre ni en la protección del citado artículo (apartado 174). Además, considera la Corte que con relación a la disposición de los embriones faltó el requisito del consentimiento de ambos padres y puntualizó que para la Ley Italiana el embrión es sujeto de derechos y por tanto recibe protección por el Estado en este caso por la ley 40 que prohíbe la

investigación con embriones humanos la cual entra dentro del margen de apreciación de cada estado.

1.5. Estatus jurídico del embrión en la legislación española.

Para analizar el estatuto jurídico el embrión en la legislación española, lo primero para tener en cuenta es el art. 15 de la Constitución Española, que establece que todos tiene derecho a la vida y a la integridad física y moral. Asimismo, el artículo 10, reconoce a "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes" y "el libre desarrollo de la personalidad" como "fundamentos del orden político y de la paz social".

El Tribunal Constitucional ha marcado en diferentes sentencias su postura respecto cual es el estatus jurídico del embrión en la legislación española.

La primera fue su Sentencia 53/1985, de fecha 11 de abril de 1983. En ella trató sobre un recurso previo de inconstitucionalidad contra *el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del art. 417 bis del Código Penal* por el que se declaraba no punible el aborto en determinados supuestos. El recurso de inconstitucionalidad contra dicha reforma del art.417 bis del Código Penal, se plantea por considerar los recurrentes que se eliminaban normas penales que protegían el derecho a la vida. Agregaban que de la interpretación sistemática del art. 15 de la Constitución en relación con otros preceptos de la misma, se deduce un espíritu que pone acento en la dignidad humana, violando dicho espíritu el considerar que todo el sistema de protección no alcanza al ser vivo no nacido.

Entendían los recurrentes que el derecho a la vida, protegido por el art 15 de la constitución española cuando dice que “todos” tienen derecho a la vida significa que este derecho está garantizado a «toda vida», o bien «todo individuo humano que posea vida»; por consiguiente, comprende también al ser humano que todavía no ha nacido”.

Consideraron también los recurrentes que no puede encontrarse fundamento constitucional que permita a la madre atentar voluntariamente contra la vida del nasciturus, pues, por una parte, sus derechos fundamentales, en cuanto limitables y regulables, debían ceder frente al derecho absoluto a la vida del ser en gestación, y, por otra parte, si el único mecanismo constitucional de proteger la vida al no nacido fuere por mediación de la madre, ésta se constituiría en depositaria de unos derechos de naturaleza constitucional de los que no podría disponer.

Frente a estos argumentos el Tribunal Constitucional en su sentencia 53/1985 que venimos comentando, aclaró el significado de vida humana, considerándola como un bien que debe protegerse desde su inicio. Entendió que la reformaba el *art.417 bis del Código Penal*, se limitaba a despenalizar ciertos supuestos de aborto con carácter excepcional, manteniendo la penalización en los demás casos, lo que suponía que la vida en gestación seguía considerándose un bien jurídico protegible.

Al definir el Tribunal Constitucional la vida humana, consideró que es un devenir, un proceso que comienza con la gestación y que genera un *tertium* existencial distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.

Entendiendo,

”que si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del nasciturus, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional”(Fundamentos jurídico 5).

El Tribunal Constitucional consideró al embrión un ser vivo humano, digno de ser protegido por el Derecho, pero, en todo caso, no una persona humana, por lo que no es titular del derecho a la vida que tiene toda persona humana según el art. 15 de la Constitución.

Esta protección que la Constitución dispensa al nasciturus implica para el Estado dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales. Por lo tanto, si bien no existe para el Tribunal un derecho a la vida del nasciturus éste es un bien jurídicamente protegido por el art.15 de la Constitución Española.

” No pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al nasciturus le corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del nasciturus, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental” (Fundamento jurídico7)

En caso de que la vida del nasciturus, entre en conflicto con los derechos a la vida y a la dignidad de la mujer embarazada, el intérprete constitucional en su labor de ponderación debe tratar primero de armonizarlos y en su caso, fijará las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos. Serían los casos del aborto terapéutico, en el cual el

derecho a la vida o la preservación de la salud de la madre prevalecen sobre la vida del nasciturus; el aborto ético, donde prevalece el derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad, a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal; y finalmente aborto eugenésico, en el cual la sanción penal entrañaría una conducta que excede de lo exigible a la madre y a la familia.

La segunda Sentencia en la que el Tribunal Constitucional se manifestó sobre este punto fue la Sentencia 212/1996 de fecha 19 de diciembre de 1996. En la misma se planteó un nuevo Recurso de Inconstitucionalidad contra la *Ley 42/1988 sobre Donación y Utilización de embriones y fetos humanos o sus células, tejidos u órganos*. Se planteaba fundamentalmente que la Ley 42/1988 quebrantaba la protección constitucionalmente exigible de la vida humana. La Ley impugnada se refería a embriones y fetos humanos, considerándolos tales solo desde el momento en que se implantaban establemente en el útero y establecían una relación directa, dependiente y vital con la mujer gestante, lo que tendría lugar a partir del día catorce que sigue al de su fecundación. En principio se consideraba la inconstitucionalidad de la Ley porque hacía susceptibles a los embriones y fetos humanos del contrato de donación; en segundo lugar, la Ley posibilitaba autorizar actuaciones sobre embriones o fetos cuando estaban aún vivos, y con fines no terapéuticos, lo que podía conducir a su muerte, no respetando, por tanto, el tratamiento jurídico a que constitucionalmente es acreedora la vida humana. Además, en el texto articulado de la Ley no se definía con claridad qué se entendía por embrión y feto, lo que vulneraba el principio de seguridad jurídica en temas de tan alta trascendencia.

Frente a este planteamiento, el Tribunal Constitucional entendió que a los embriones y fetos humanos no viables no cabía otorgarles el carácter de nascituri toda vez que nunca van a nacer, en el sentido de llevar una vida independiente de la madre (fundamento jurídico 5). Considerando que la Ley recurrida no integraba el estatuto jurídico de la vida humana en su fase de embrión y feto, como afirmaba el escrito impugnatorio y que la motivación de esta ley era solo administrativa, científica y sanitaria. Sólo autorizaba la donación y utilización de embriones o fetos que fueran clínicamente no viables (i.e., potencialidades humanas que no tienen posibilidad de desarrollo embriológico y, por tanto, no son en estricto sentido nasciturus, sino oriturus) o estuvieran muertos. Por lo que, para el Tribunal Constitucional no se estaría vulnerando la protección que la constitución española brinda a la vida humana en formación prohibiendo que se obstaculice o interrumpa su proceso natural de gestación.

Sin embargo, como acertadamente apunta el argumento del voto de la disidencia, mientras no pueda decirse que falta vida y por consiguiente que los embriones están muertos, los embriones y fetos no viables tienen vida, incluso aunque no tengan esperanza razonable de seguir viviendo. Como puede apreciarse se introdujo en la ley 42/1998 un término equívoco e indeterminado, cual es el de la viabilidad o inviabilidad, cuya aplicación necesariamente va a diferenciar los embriones o fetos vivos de aquellos que, mediante una ulterior interpretación normativa o bien mediante una apreciación clínica o científica, se consideren no viables con la consecuencia de que éstos, pese a estar vivos, ya no estarán protegidos y tendrán la misma consideración de objeto aplicable a cualesquiera tejidos de un ser humano después de muerto.

La tercera sentencia del Tribunal Constitucional que trató el tema fue la Sentencia 116/1999 de fecha 17 de junio de 1999, que se originó en un recurso interpuesto contra la *Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*.

Dicha Ley introdujo un cambio notable respecto de la sentencia 53/1985 estableciendo para el embrión un doble estatuto según su desarrollo biológico, considerando que la vida humana comienza catorce días después de la fecundación, cuando el embrión viable anida en el útero. Esta ley mencionada generó la interposición de un Recurso de Inconstitucionalidad, recurso que fue resuelto por el Tribunal Constitucional por Sentencia que estamos comentando. Consideraron los recurrentes al plantear sus argumentos que la citada ley vulneraba el contenido esencial del derecho a la vida (art. 15 C.E) y resultaba claramente insuficiente desde el punto de vista de la exigencia constitucional de un sistema legal para la defensa de la vida que suponga la protección efectiva de la misma a que refería la STC 53/1985.

El TC, en su Sentencia 116/1999, reitera como lo hiciera en el Sentencia 53/1985 que los no nacidos no pueden considerarse titulares del derecho a la vida, pero esto no significa que no gocen de cierta protección constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la presente sentencia reduce esta protección a los embriones, quitándosela a los preembriones. Considera también la Sentencia la diferencia entre preembriones viables, sobre los que solo podrá realizarse investigación con fines terapéuticos, diagnóstico o preventivo, pero excluyéndose la experimentación y embriones no viables, sobre los que sí se permite la investigación con fines científicos.

...”No siendo los preembriones no viables ("abortados en el sentido más profundo de la expresión") susceptibles de ser considerados, siquiera, nascituri, ni las reglas que examinamos ni las ulteriores del art. 17 (relativo a los preembriones ya abortados, a los muertos y a la utilización con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos previamente autorizados de preembriones no viables) pueden suscitar dudas desde el punto de vista de su adecuación al

sistema constitucionalmente exigible de protección de la vida humana...”(fundamento jurídico 9 c)

Sobre el tema de la crioconservación de embriones sobrantes considera la Sentencia que es constitucional.

” Así entendida, la crioconservación no sólo no resulta atentatoria a la dignidad humana, sino que, por el contrario, y atendiendo al estado actual de la técnica, se nos presenta más bien como el único remedio para mejor utilizar los preembriones ya existentes, y evitar así fecundaciones innecesarias” (fundamento jurídico 11)

Como se ve, tanto en la STC 212/1996 como en la STC 116/1999 se interpreta el derecho a la vida solo para los embriones nacidos, dejando fuera de protección al embrión preimplantatorio y al embrión no viable.

La ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida va a definir los conceptos de preembrión, así como el destino que se le puede dar y lo relativo al diagnóstico preimplantacional.

De acuerdo con el art. 1.2 ley 14/2006, se entiende por preembrión: «el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde».

Por su parte, el art. 11 de ley 14/2006 determina el destino que se les puede dar a los preembriones. Y el art. 12 regula el diagnóstico preimplantacional, permitiendo incluso seleccionar embriones a efectos de concebir un niño sano que sirva de donante a su hermano enfermo. Por su parte, La Ley 14/2007 de Investigación Biomédica que en su art.3 define los conceptos de embrión, feto y preembrión.

Le sigue en el tiempo, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo, que establece la posibilidad de interrumpir el embarazo a petición de la mujer durante las primeras catorce semanas de gestación,⁷ y excepcionalmente por causas médicas cuando concurren las circunstancias establecidas en el art.15.⁸.

⁷ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. _Artículo 14. Interrupción del embarazo a petición de la mujer. Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación

a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes:

a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley. b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

⁸ Ibídem Artículo 15. Interrupción por causas médicas.

Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

Es de señalar que contra esta ley también se presentó un recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 5.1 e), 8 in limine y letras a) y b), 12, 13.4, 14, 15 a), b) y c), 17.2 y 5, 19.2. 1.º y disposición final 2.ª de la Ley Orgánica 2/2010; sin embargo, el Tribunal Constitucional, Pleno, Auto 90/2010, de 14 de julio de 2010 el auto no entra en el fondo de la cuestión sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica limitándose a denegar la suspensión de la cautelar por entender que solo procede en casos de recursos promovidos por el Gobierno. El auto que denegó la medida cautelar de suspensión de diversos artículos de la ley entendió que ni en la Constitución, ni en la ley Orgánica del Tribunal Constitucional estaba prevista esta medida cautelar respecto de leyes estatales.

La opinión de la disidencia discrepó con la denegación de la suspensión por considerar que durante la pendencia del proceso podría producirse la extinción de vidas lo que podría dar lugar a un perjuicio irreparable.

1.6. Estatus del embrión en la legislación argentina.

La posición del Nuevo Código argentino es dar protección jurídica a la vida desde la concepción, apartándose de la doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo *Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Así lo expresa el Art.19:

” Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza desde la concepción”.

Esta fórmula supera la del Anteproyecto que establecía una clara discriminación en el trato entre los concebidos en el seno materno y los embriones concebidos por técnicas de reproducción humana asistida. Decía el art.19 del Anteproyecto:

Comienzo de la existencia.” La existencia de la persona humana comienza con la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción humana asistida.”

a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

Lo que la redacción del nuevo Código deja sin resolver es el problema de la protección jurídica de los embriones no implantados, que quedan a la espera de una ley especial, con la situación de indefensión que esto comporta.

Si bien algunas posturas sostienen que la expresión concepción debe entenderse como referida a la implantación de los embriones en el seno materno (como se verá en el 1.6.c del presente trabajo) esto no surge del Código ni de su interpretación sistémica (Laferriere,2015p.88).

El Fallo Artavia Murillo vs. Costa Rica ha generado una discusión doctrinal ya que parte de la doctrina entiende que lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos resulta de aplicación obligatoria para los Estados partes, por lo que sería de aplicación obligatoria para la Argentina. No obstante, para otro sector de la doctrina, no resultaría obligatoria su aplicación ya que ni del Estatuto, ni del reglamento ni de la misma Convención se desprende que sus fallos tengan obligatoriedad *erga omnes*, es decir, más allá del expediente en que fueron dictados y para los Estados partes del mismo. Además, completa este argumento que el art. 1 de la Convención de los Derechos del niño determina que niño es todo ser humano menor de dieciocho años. Como no se aclara cuándo se inicia la existencia de las personas humanas, la República Argentina efectuó una reserva al momento de la ratificación, señalando que el art. 1 de la Declaración de los Derechos de Niño debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño” todo ser humano desde el momento de la concepción hasta los 18 años”.

La posición doctrinal que sostiene que la persona humana comienza con la concepción ha sido mantenida en reiterada jurisprudencia tanto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Portal de Belén como en distintos fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones y Tribunales inferiores. Sin pretender abarcar todos, solo a modo de ejemplo se citan algunos de los más sobresalientes.

1.6.a. Jurisprudencia argentina donde se reconoce la personalidad del embrión.

1).” *Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro vs. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo*”. (sentencia del 5/3/2002) se trata de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el que se resolvió revocar la autorización otorgada por el Ministerio de Salud y Acción Social a los Laboratorios Gador S.A., para que fabrique, distribuya y comercialice la píldora abortiva “Inmediat”, más conocida como “la píldora del día después”. El recurso había sido promovido por la asociación civil sin fines de lucro

“Portal de Belén”, quien argumentaba que dicho fármaco tenía efectos abortivos. La sentencia reconoce que el comienzo de la vida humana sucede con la unión de los dos gametos, es decir, en la fecundación, existiendo desde ese momento un ser humano.

2)- *“M.G.G. vs. Ministerio de Salud Ioma s/ amparo”*– 13/09/2011. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás (Buenos Aires)

En fecha 13 de octubre de 2010 se presenta la Sra. M.G.G. promueve acción de amparo con el objeto de que se ordene la cobertura integral para la realización de un procedimiento terapéutico de fecundación in vitro con el estudio de cariotipo (array CGH) de los preembriones y posteriormente reproducción asistida con ICSI al que debe someterse debido a su estado de infertilidad. Al solicitar la amparista la realización de un diagnóstico genético preimplantacional el pedido en estudio exige dilucidar el estatuto jurídico del embrión, pues expresamente en la práctica médica solicitada se denunció el descarte de aneuploidías (embriones con anomalías genéticas) y la vitrificación (crio conservación) de los embriones. El caso llega a la Cámara que rechaza la acción de amparo reconociendo la personalidad del embrión.

3) *"Rabinovich Ricardo David s/ Medidas Precautorias"* - 3/12/1999. Cámara Nacional Civil Sala I.

El Dr. Ricardo David Rabinovich solicita medidas precautorias a efectos de que se dé inmediata intervención al Ministerio Pupilar, denunciando que se practicaban técnicas de congelamiento de personas por nacer, con diversas finalidades y fuera de todo control por parte de aquel Ministerio y/o de los jueces competentes. La Cámara decide prohibir toda acción sobre los mencionados embriones y ovocitos (sea por parte de los dadores de los gametos, sea por parte de las instituciones o profesionales actuantes) que implique su destrucción y experimentación; y ordena que toda disposición material o jurídica de esos embriones se concrete con intervención del juez de la causa, quien deberá resolver en cada caso con la debida participación del Ministerio Público y de conformidad con los principios establecidos en este pronunciamiento.

Como puede verse, en todos los fallos reseñados se respeta la vida del embrión desde la concepción, arbitrando todos los medios para su protección.

1.6.b. Posición contraria a la personalidad del embrión.

En una posición contraria a la recién expuesta se encuentran entre otras las autoras Lamm, Kemelmajer de Carlucci y Herrera, como ya lo venían sosteniendo antes de la redacción del nuevo Código consideran la interacción entre concepción y embarazo de suma importancia.

Para ellas en el nuevo Código argentino la concepción es sinónimo de anidación, o en forma corriente de embarazo. Consideran que, si bien el concepto de concepción no está claramente definido en el Código, entienden que este se deriva fundamentalmente de la doctrina sentada en Artavia Murillo. Consideran que, tratándose de técnicas de reproducción asistida, si el embrión no es implantado en las personas jamás podrá anidar (concepción) y por tanto no habría posibilidad de embarazo alguna (Herrera, Carmelo & Picasso, 2015, p.53).

Por su parte Lamm distingue entre fertilización y concepción entendiendo a la primera como un paso en el camino de la concepción. El acto de concebir se produce en opinión de la autora con la transferencia del embrión y la posterior implantación de ese embrión en el útero de la persona y con la prueba de embarazo positiva aproximadamente dos semanas después. Hace una interpretación sistémica del art 19 CCC con el art 20 CCC que dice que por concepción se entiende el lapso entre el máximo y el mínimo del embarazo considerando que tanto en el caso de TRHA como por naturaleza la existencia de la persona comienza cuando comienza el embarazo. Esta interpretación de qué se entiende por concepción también condice, según la opinión de la autora citada, con lo dispuesto por la ley 26.862 de Reproducción Medicamente Asistida, que permite la crioconservación de embriones, la donación de embriones y la revocación del consentimiento hasta el momento del implante. Si la ley considerara persona al embrión, sostiene la autora citada, no permitiría ninguno de estos supuestos. Para la autora, el fallo Artavia Murillo es de aplicación obligatoria para todos los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos. (Lamm, 2015, p.5/7).

1.7. Conclusiones.

Como síntesis del capítulo, se puede afirmar que el estudio fenomenológico del ser persona, que considera que existe persona cuando se está en presencia de determinadas capacidades (capacidad de conocer, de hablar, de autodeterminarse, ejercer la libertad, comunicarse con otros, etc.) no es suficiente para dar respuesta a la pregunta de si el embrión es persona.

Como tampoco es, la existencia de estas cualidades requisito indispensable para que un ser humano sea considerado persona y como tal tengo derecho a la vida, piénsese en una persona senil que carece de las capacidades citadas, no dejaría por este motivo de ser persona. De lo contrario de negarse la calidad de persona se estaría legitimando la pérdida de la vida.

Para contestar a esta pregunta de qué es persona hay que remitirse a la diferencia que existe entre ser y acto de ser. La persona es sustancia individual de naturaleza racional; no es un accidente, es un sujeto, que posee un alma espiritual no reducible a la materia. El ser persona

es más que el poder actuar como persona. Por ello, aunque el embrión no pueda actuar como persona no deja por eso de serlo.

Dos consecuencias se derivan de no considerar al embrión como persona:

1)no existe para el embrión la inviolabilidad de la vida humana.

2)al no reconocerse personalidad al embrión éste podrá ser instrumentalizado, tratado como “cosa” o como “medio” para cumplir un objetivo determinado como puede ser el deseo de ser padre.

Al no tener el embrión ni personalidad ni un derecho a la vida, el derecho del adulto a la intimidad, a formar una familia, a autodeterminarse, decidiendo ser o no ser padre (aun ante la existencia de embriones) pasan a un primer plano. Éste es el primer gran límite que se desdibuja dando lugar a un crecimiento de la autonomía de la voluntad dentro del derecho de familia.

Por el contrario, el respeto y el trato del ser humano como persona desde el primer momento de la concepción suponen un límite a la autodeterminación del adulto y un criterio que servirá de directriz para la solución de los diversos problemas que surgen en el desarrollo de las ciencias biomédicas.

Así lo establece la Instrucción *Donum Vitae* sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, pto. 5. p.3.

...” el fruto de la generación humana desde el primer momento de su existencia, es decir, desde la constitución del cigoto, exige el respeto incondicionado que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal y espiritual. El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida...” Roma, en la sede de la Congregación para la Doctrina de la Fe, 22 de febrero de 1987, Cardenal Joseph Ratzinger.

Conceptos reiterados en la Instrucción *Dignitas Personae* sobre algunas cuestiones de bioética del 8 de septiembre del 2008.

CAPÍTULO 2 DERECHO DEL HIJO A LA IDENTIDAD.

2. Derecho a la identidad. Concepto. Recepción Legal.

El derecho del niño a la identidad está expresamente reconocido la Convención de los Derechos del Niño, la cual dispone en su artículo 7 que el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos. Agrega el artículo 8 de la Convención que cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad. En forma concordante, el art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque no define ni regula el derecho a la identidad como tal, establece ciertos derechos vinculados con éste, como el derecho a ser inscripto al nacer (art.18) y el derecho a adquirir una nacionalidad (art. 20). Del mismo modo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá, Colombia, establece en su art. 19 el derecho a la nacionalidad. También, está regulado en Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Oviedo 4 de abril de 1997), el que en su art. 10 regula lo referente al derecho a la información relativa a su salud.

En este capítulo, nos aproximaremos al concepto de identidad, tratando de vislumbrar en qué consiste y de qué modo es olvidado e ignorado muchas veces en el caso del hijo nacido por TRHA.

Para Ales Uría Acevedo (2012), que ha estudiado detenidamente este tema, el concepto de identidad ha sido tratado por la psicología y tiene que ver con cómo la persona responde a esta triple pregunta: quién soy yo, de dónde vengo y a dónde voy. En su opinión, el concepto de identidad integra los siguientes aspectos:

- a) el concepto de uno mismo (ya que la identidad está formada por la percepción más o menos estable que la persona tiene de sí misma y de sus cualidades y defectos).
- b) el conocimiento del propio lugar en el entorno social (es decir, el rol que ocupa dentro de la familia y su lugar dentro de determinado grupo social en función de su raza, religión, nacionalidad, etc.)

c) la conciencia de ser uno mismo a través del tiempo (es la percepción de que permanezco el mismo a través de los múltiples cambios físicos, psíquicos, relacionales o contextuales que se viven a través del tiempo a lo largo de la vida de una persona).

d) el sentimiento de uno mismo como ser valioso (es la dimensión valorativa y emocional de la identidad; consiste en el sentimiento de saber que uno será reconocido y estimado por aquellos que son importantes para uno).

e) el sentimiento de ser capaz de dirigirse a sí mismo (es el propósito o la dirección que cada uno le da a su propia historia; es el saber a dónde va).

La respuesta a la pregunta de dónde vengo implica conocer datos biológicos de quienes han sido mis padres, su nacionalidad, nivel de educación, etc. Estos datos son imprescindibles para la construcción de la propia personalidad, es decir, quién soy yo, para luego poder proyectarme hacia donde me dirijo, qué rumbo le doy a mi vida.

Este derecho a la identidad está relacionado también, como veremos, con el derecho a la salud, pero es independiente de otros derechos vinculados a la filiación como podrían ser el derecho a alimentos, al apellido y los derechos sucesorios. Así, en los casos de TRHA, existe un derecho del hijo a conocer su origen biológico lo que no significa afirmar que puedan reclamarse derechos vinculados con la filiación.

El derecho a conocer los orígenes es una parte integrante de la identidad personal, pero al margen de la filiación, ya que no siempre la búsqueda de la verdad biológica tiene como fin la ulterior determinación de la filiación. Así, por ejemplo, en el caso de las TRHA o de la filiación adoptiva, la filiación existe en un caso por la expresión de la voluntad procreacional y en el otro por la sentencia de adopción, con independencia de la identidad biológica. Se trata de un querer saber los orígenes biológicos sin pretensión de filiación. No se trata, de hacer coincidir la verdad biológica con la jurídica, no se está en presencia de una cuestión de filiación sino de un aspecto integrante de la identidad personal (Guilarte Martín Calero, 2016, pp. 5/7).

Este interés por conocer el propio origen lejos de ser algo patológico resulta indispensable para la formación de la identidad personal, tanto física como psicológica, en las que se apoyan nociones tan importantes como la propia estima y el sentido de dignidad personal. La falta de información en este sentido puede generar una fuerte inseguridad o inquietud, sentimientos de vergüenza o baja autoestima, así como problemas de desarrollo de la personalidad. Si bien esta necesidad de saber se hace especialmente presente en la adolescencia, hay también otros detonantes de este proceso de búsqueda activa: el casarse, el convertirse en padre o madre, la muerte de un padre adoptivo, la inquietud porque los padres

biológicos puedan necesitar algún tipo de apoyo, preocupaciones médicas, etc. (Gómez Bengoechea, 2007, pp. 36-37).

Otros autores distinguen entre una perspectiva dinámica y una estática de este derecho: la primera atiende no solo al dato biológico, sino más bien a aquella filiación querida, es decir, a aquellos vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados; la segunda, la identidad estática, responde a la concepción restrictiva de identificación y se construye, como regla, sobre los datos físicos de una persona (Fama 2012).

Sin embargo, esta identidad estática no debe ser infravalorada dando mayor preponderancia a la identidad dinámica porque el dato biológico, la información de donde provengo y quienes han sido mis progenitores, no puede ser anulado, aunque instauremos a la voluntad como determinante de la filiación en el caso de las TRHA.

Como se expondrá a lo largo de este capítulo, este derecho del hijo a la identidad muchas veces entra en colisión con otros derechos, como pueden ser: el derecho al honor de la madre que resguarda su identidad, el derecho a la intimidad del hombre que donó el semen, de la madre que entregó sus óvulos o de los padres que donaron sus embriones.

2.1. Derecho del hijo a la identidad.

Se han establecido en el punto anterior las razones que esgrime la doctrina para la existencia de un derecho del hijo a la identidad y su recepción legal en los documentos internacionales.

La tesis planteada en este trabajo es que las normas que regulan las TRHA ignoran, dificultan o impiden el derecho del niño a conocer sus orígenes. El problema radica, como se irá demostrando a lo largo de este trabajo, que conforme crece el campo del derecho a tener un hijo con base en el poder otorgado por vía de la voluntad procreacional, parecería que se reduce el campo del derecho del hijo a la identidad.

Hay también otro matiz de este derecho a la identidad que aparece muy vinculado al derecho a la salud del hijo. Por un lado, el conocimiento de quién soy y de dónde vengo resulta indispensable para la formación de la personalidad y por tanto el acceso del hijo a esta información tendrá efectos directos en su salud psicológica. Desde otro punto de vista, muchas veces el acceso a esta información tiene motivos o necesidades concretas que conciernen a la salud del hijo, ya no solo psicológica sino física. Pensemos, por ejemplo, en enfermedades genéticas que se trasladan de padres a hijos o en caso de enfermedades graves donde resulta indispensable tener acceso a la información de los padres biológicos.

Como se verá a continuación, es en los casos de filiación por adopción y por técnicas de reproducción humana asistida heteróloga donde surgen conflictos de más difícil solución en

el campo del derecho a la identidad del hijo. Especialmente en caso de TRHA heteróloga, dado que el derecho a conocer el origen biológico (que por otro lado está muy restringido por la regla del anonimato del donante) no habilita en estos casos a reclamar derechos vinculados con la filiación.

2.2. Derecho a la identidad y su visión en la jurisprudencia.

Si bien este trabajo se centra en la filiación por TRHA, se estudiará también el derecho a la identidad con relación a la filiación por adopción porque es dentro de este instituto donde se desarrolló el concepto que luego se aplicó a las TRHA, por lo que su consideración ayuda a comprender el alcance y significado tanto del concepto de derecho a la identidad como de sus límites.

Respecto al tema de si existe diferencia entre el derecho a la identidad en el caso de la adopción y en el caso de TRHA, hay que señalar que el hecho de que haya existido abandono por parte de los padres o imposibilidad de cumplir su función, sino solo donación de material reproductor sin interés alguno de ser padres no implica que no sea un derecho del hijo tener acceso a la verdad biológica como modo de asegurar su derecho a la salud física y psicológica. El derecho a la identidad biológica del hijo es independiente del modo en que esta identidad fue determinada, por lo que la regulación del acceso a la verdad biológica no debería variar en uno u otro caso.

Se puede considerar que el dato biológico no es fundamental para la existencia de filiación y fundar ésta en la voluntad procreacional, lo cual no implica que el dato biológico deje de existir o que en este caso sí sea posible el secreto sobre la existencia del mismo al hijo así concebido.

En el caso de la adopción, como en el de las TRHA, el derecho a la identidad entra en colisión con el secreto que pueden querer guardar los padres respecto al hecho mismo de la adopción o de la práctica de la técnica. La existencia de este secreto impide u obstaculiza el acceso a la información por parte del hijo respecto de su familia biológica. Como consecuencia, éste no tendrá acceso a parte de su historia, que cuenta quién es el, de dónde viene, su nacionalidad, su cultura, quiénes eran sus padres y las circunstancias que rodearon su adopción, todo lo cual resulta imprescindible para la formación íntegra de su identidad personal.

Es decir, las preguntas que surgen con relación al derecho a la identidad son: ¿Existe efectivamente un derecho del hijo a conocer su identidad frente al derecho de la madre y /o

padre a su intimidad y por tanto a guardar reserva de esta circunstancia? ¿Debe la ley imponer a los adoptantes o usuarios de la TRHA la obligación de revelar esta circunstancia y asimismo garantizar el acceso al hijo a la información relativa a su filiación biológica? ¿Es el derecho a la identidad del hijo un derecho que reconoce límites?

A continuación, analizaremos este derecho a la identidad, primero en relación con la adopción para luego avanzar sobre las TRHA, tomando en cuenta:

- a) la jurisprudencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- b) la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- c) la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

Finalmente, comentaremos las disposiciones tanto del derecho español como del argentino que guardan relación con el derecho a la identidad. Más específicamente, y siendo la tesis de este trabajo, se mostrará cómo el derecho a la identidad entra en colisión con el anonimato del donante en el caso de las técnicas de reproducción humana asistida.

2.2.1. Derecho a la identidad en casos de adopción en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El derecho a conocer los orígenes parte de una condición previa cual es conocer (por parte del adoptado) el hecho de la adopción. Conocido el hecho de la adopción será necesario conocer su origen sociocultural, la información médica relativa a sus orígenes biológicos, el aspecto físico, como también el nivel social de los padres, los motivos del abandono etc. (Guilarte Martin Calero, 2016, pp.7/8).

A continuación, se analizarán dos casos presentados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde a raíz de adopciones irregulares se ha debatido la importancia y alcance del derecho a la identidad, a fin de comprender la postura de este Tribunal respecto de este tema. Los casos son:

- a) Caso Fornerón e Hija vs. Argentina.
- b) Caso Gelman vs. Uruguay.

2.2. 1.a. Caso Fornerón e hija vs. Argentina.Sentencia 27/4/2012.

2.2. 1.a. I Hechos del caso.

El 16 de junio de 2000 nació M, hija de Diana Elizabeth Enríquez y del señor Fornerón. La señora Enríquez entregó su hija en guarda provisoria con fines de adopción al matrimonio B-Z, en presencia del Defensor de Pobres y Menores dejándose constancia del hecho en un acta formal.

Enterado Fornerón de la existencia del embarazo, comienzan sus dudas sobre si él es el padre, por lo que decide tras el nacimiento de la niña acudir a la Defensoría de pobres y menores manifestando los hechos y su decisión, en caso de corresponder, de hacerse cargo de la niña. La señora Enríquez manifestó nuevamente ante la Defensoría que el señor Fornerón no era el padre de la niña. De todos modos, un mes después del nacimiento de M el señor Fornerón reconoció legalmente a su hija.

Dadas las contradicciones en las declaraciones de la Señora Enríquez, el 11 de julio de 2000 tomó intervención la Fiscalía quien solicitó al Juez de Instrucción la adopción de medidas previas, señalando que no se podía descartar que se hubiera cometido un delito correspondiente a la supresión y a la suposición del estado civil y de la identidad. Aun así, el Juez de Instrucción ordenó en dos oportunidades el archivo de la investigación penal dado que a su criterio los hechos relativos a la alegada “venta” de la niña no se encuadraban en ninguna figura penal. Finalmente, la Cámara de lo Criminal de Gualeguay confirmó el archivo de la causa.

La Corte no descarta la existencia de un ilícito penal, pero no lo puede confirmar por la inactividad investigativa del Juzgado y de la Cámara.

El matrimonio B-Z solicitó la guarda judicial de M., el señor Fornerón fue llamado a comparecer ante el juez, manifestó en todo momento su oposición a la guarda y requirió que la niña le fuera entregada. Asimismo, se practicó una prueba de ADN que confirmó su paternidad. Se ordenó una pericia psicológica en base a la cual el Juez resolvió que el traspaso de la niña de una familia que conoce a otra que desconoce podía ser sumamente dañino por lo que otorgó la guarda al matrimonio B-Z con la posibilidad de instrumentar un régimen de visitas para el padre.

La sentencia fue recurrida por el señor Fornerón y ésta fue revocada en apelación dos años después. El matrimonio B-Z interpuso un recurso de inaplicabilidad de ley contra esta decisión que el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos declaró procedente, revocando la decisión de la Cámara y confirmando la sentencia de primera instancia.

Finalmente, el 23 de diciembre de 2005 se otorgó la adopción simple de M al matrimonio B-Z. Paralelamente a estas actuaciones, el 15 de noviembre de 2001 el señor Fornerón había iniciado un juicio de derecho de visitas, pero el Juez de Primera Instancia de Victoria se

declaró competente recién dos años después. Es así como finalmente en mayo de 2011 se celebró una audiencia ante la Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos en la que se escuchó a la niña, al señor Fornerón y al matrimonio B-Z. Las partes acordaron el establecimiento de un régimen de visitas de común acuerdo y en forma progresiva a favor del Señor Fornerón.

2.2.1. a. II. Contenido de la sentencia.

El 27 de abril de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró, por unanimidad, que el Estado de Argentina resultó internacionalmente responsable por la violación de los derechos a la protección y a las garantías judiciales, a la protección a la familia, y por el incumplimiento de su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio de Leonardo Aníbal Javier Fornerón y de su hija M, así como a los derechos del niño en perjuicio de esta última. Los artículos violados de la Convención Americana según la Corte Interamericana habrían sido Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos.), Artículo 17 (Protección a la Familia), Artículo 19 (Derecho de niño), Artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), Artículo 25 (Protección Judicial), Artículo 8 (Garantías Judiciales).

La Corte analizó las siguientes cuestiones de fondo de la sentencia:

- a) el plazo razonable y la debida diligencia en determinados procesos judiciales internos,
- b) la protección de la familia y
- c) el deber de adoptar disposiciones de derecho interno a fin de adaptar el mismo a los principios establecidos por la Convención.

Pasaremos a analizar estos tres puntos y lo que dice la Corte respecto de ellos.

a) Respecto del plazo razonable y la debida diligencia en determinados procesos judiciales internos, la Corte examinó los siguientes aspectos respecto del proceso de guarda: la inobservancia de los requisitos legales, las omisiones probatorias, la utilización de estereotipos, y el retraso judicial como fundamento de la decisión.

Sobre las debidas diligencias de las autoridades judiciales en el proceso de guarda, la Corte determinó que no se observaron algunos requisitos legales durante el proceso. En concreto el art 318 del Código Civil que prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores de edad mediante escritura pública o acto administrativo (apartado 79). También se incumplió el art 317 del Código Civil ya que una vez reconocido el hijo por el señor Fornerón no se ordenó la entrega de la niña a su padre.

La Corte Interamericana concluye que las autoridades judiciales a cargo del proceso de guarda no actuaron con la debida diligencia y por ello el Estado violó el derecho a las garantías judiciales previsto en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 17.1 y 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Fornerón y de su hija M, así como en relación con el artículo 19 de la misma en perjuicio de esta última (apartado 121).

Por otro lado, señala la Corte la omisión de actividad probatoria ocurrida en primera instancia derivó en que se otorgara la guarda judicial de M no a su padre biológico sino a un matrimonio que tenía una guarda de hecho.

Puntualiza la Corte la existencia de estereotipos en la fundamentación de la decisión de la guarda, considerando que la decisión unilateral de una mujer de no considerarse en condiciones para asumir su función de madre no puede constituir para la autoridad judicial interviniente una fundamentación para negar la paternidad (apartado 93). Hace hincapié la Corte en la existencia de ideas preconcebidas respecto el rol del hombre y la mujer, la importancia de la formalidad en la relación, el rol del padre durante el embarazo y una idea preconcebida de lo que es ser progenitor único.

” Al respecto, el juez tampoco indicó qué riesgos reales y probados se derivan del crecimiento de una niña en una familia monoparental o ampliada, ni determinó por qué la ausencia de la madre en el caso concreto “perjudicaría [la] salud mental y seguramente física” de la niña, como afirmó. Asimismo, el Juez de Primera Instancia que otorgó la guarda judicial consideró al señor Fornerón como único familiar de M, pese a que la madre del señor Fornerón, abuela de la niña, compareció ante el juez para ofrecerse también para cuidar a la niña. Las consideraciones del Juez de Primera Instancia demuestran también una idea preconcebida de lo que es ser progenitor único, ya que al señor Fornerón se le cuestionó y condicionó su capacidad y posibilidad de ejercer su función de padre a la existencia de una esposa...”

Por último, sostuvo la Corte que, en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades (apartado 51). Para la Corte, los procesos internos sobre la guarda judicial (más de tres años) y sobre el derecho de visitas (más de diez años) no cumplieron con la garantía de plazo razonable. Constituyendo la falta de razonabilidad del plazo una violación de las garantías judiciales, estableciendo que la falta de infraestructura o de personal para conducir los procesos no es eximente de una obligación internacional (apartado 74). Asimismo, se violó el derecho del Sr. Fornerón y su hija a ser oído en un plazo razonable

(apartado 104), no habiendo tenido este último una respuesta efectiva ante los recursos judiciales interpuestos para proteger su derecho y el de su hija a la protección de la familia y a los derechos del niño.

b) Respecto del derecho de protección a la familia, reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana el mismo implica favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Respecto de la separación de niños de su familia biológica esta solo es procedente si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales (apartado 116).

En el caso analizado en opinión de la Corte no se cumplió con el requisito de excepcionalidad en la separación. El Tribunal remarca la importancia del derecho a la identidad al que define como el conjunto de características que permiten la individualización de la persona en sociedad y si bien no es un derecho exclusivo de niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez (apartado 123).

Por todos los motivos antes reseñados, la Corte decide que el art.17 de la Convención Americana de Derechos Humanos ha sido violado por la República Argentina.

c) Respecto del derecho de adoptar disposiciones de derecho interno, la Corte Interamericana ha interpretado que la adecuación de la normativa interna a los parámetros establecidos en la Convención implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber:

a) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y

b) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (apartado 131). Considerando que se ha violado esta norma cuando el estado no investigó la venta de M al matrimonio B-Z.

2.2.1. a.III. Valoración de la sentencia:

La importancia de la sentencia está dada en que la Corte Interamericana define el derecho a la identidad considerando que implica entre otras cosas, el nombre, la nacionalidad y la posibilidad de crecer tanto con los propios padres como con la familia extensa.

Reivindica la importancia de la familia biológica a la que todo niño y niña tiene derecho, la cual incluye a los familiares más cercanos. En consecuencia, a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos.

Establece como una obligación del estado la protección de este derecho por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes puede constituir una violación del derecho a la identidad, así como una injerencia en el derecho protegido por el art. 17 de la Convención.

Confirma la Corte que la separación del hijo de su familia biológica solo será posible en casos excepcionales donde el interés del hijo lo justifique y deberá ser en lo posible temporal (Convención de los Derechos del Niño art. 9).

La sentencia significa un reconocimiento a la familia biológica “como la primera familia a la que un niño tiene derecho” y una reafirmación del derecho del hijo a la identidad.

2.2.1.b. Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia del 24/2/ 2011.

2.2.1. b.I. Hechos del Caso.

María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, argentina, y su esposo Marcelo Ariel Gelman Schubaroff fueron detenidos el 25 de agosto de 1976 por militares uruguayos y argentinos. María Claudia estaba embarazada y fue trasladada a Uruguay y posteriormente al Hospital Militar, donde dio a luz a una niña que fue entregada a un policía uruguayo y a su esposa, quienes la registraron como hija propia y le dieron el nombre de María Macarena Taurino. María Claudia hoy en día se encuentra desaparecida. En 2000, luego de una larga búsqueda, María Macarena se reencontró con su abuelo paterno y emprendió las acciones legales a fin de recuperar su identidad. En el año 2005, adoptó el nombre de María Macarena Gelman García Iruretagoyena. En 1986 se dictó en Uruguay la ley de caducidad por la que se concedía amnistía respecto de los delitos cometidos por policías y militares hasta el 1 de marzo de 1985.

El Sr Gelman presentó una denuncia en Uruguay por los hechos ocurridos a su nuera y su nieta, llegando finalmente su causa a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.2.1. b. II. Contenido de la sentencia.

El Tribunal considera que en los casos de desaparición forzada como el de María Claudia García Iruretagoyena se violó el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica lo que imposibilitó, obstaculizó o anuló la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos, siendo violatoria del derecho a la integridad personal (apartado 92). El

estado de embarazo de Maria Claudia la ubicaba en una situación de especial vulnerabilidad lo que agrava la violencia llevada a cabo en su contra.

La Corte analizó a continuación los derechos que fueron violados respecto de Maria Macarena Gelman y Juan Gelman.

Respecto de María Macarena, habiendo sido abandonada en una canasta luego de haberle sido arrebatada a su madre, fue inscripta como hija propia por el matrimonio Taurino.

Recién a la edad de 23 años, tuvo contacto por primera vez con su abuelo paterno realizando con posterioridad una prueba de ADN que dio positiva y procedió así a cambiar toda su documentación legal y su nombre por el de María Macarena Gelman García Iruretagoyena.

Todo esto demuestra para la Corte en forma evidente tanto la vulneración al derecho a su identidad psíquica como la violación al derecho a conocer su propia identidad, lo cual le ha generado sentimientos de frustración, impotencia y angustia (apartado 118).

La prueba pericial demuestra que Maria Macarena ha sido afectada en lo más íntimo de su ser: su identidad, pues el conocimiento de los hechos la hizo tambalearse y desestructuró su mundo interno afirmando la perito que “presenta síntomas que perturban su vida, le impiden retomar un proyecto para su futuro y le causan dolor” (apartado 119).

Resalta la Corte en su sentencia que el estado incumplió con su deber de garantizar a Maria Macarena su derecho a una familia.

Asimismo, no garantizó el derecho al nombre reconocido expresamente por el art.18 de la Convención ni el derecho a la nacionalidad reconocido por el art.20 de la Convención.

Por otro lado, también se vieron afectados el derecho a la libertad personal de Maria Macarena (apartado 129) y el derecho a la vida (apartado 130). Respecto de Juan Gelman, la Corte entiende que se ha vulnerado su derecho de protección a su familia.

Asimismo, la Corte considera que el estado (Uruguay) no ha investigado en forma eficiente a fin de la clarificación de los hechos y la sanción de los responsables (apartado 242) entendiendo que, respecto de la Ley de Caducidad dictada, ha incumplido su obligación de adecuar el derecho interno a lo establecido por la Convención (apartado 246).

El Tribunal concluye que ha existido una responsabilidad del estado uruguayo en la violación de los derechos de libertad personal y de la vida de María Claudia. Considera que se ha vulnerado el derecho a la verdadera identidad, así como también ha sido vulnerado el derecho a la integridad física de María Macarena. Todo lo dicho, como consecuencia de la desaparición de sus padres y en general la impunidad en que permanece el caso.

2.2.1. b.III. Valoración de la sentencia.

La Corte relaciona el derecho a la protección de la familia con el derecho a la identidad y en este sentido valora que la separación de los niños de su familia biológica solo debe producirse en caso de que existan razones determinantes en función del interés del niño. Este derecho a vivir con la propia familia implica en este contexto la adopción por parte del estado de medidas que promuevan la unidad familiar.

Esta relación que marca la CIDH entre el derecho a la identidad y el derecho a la protección de la familia (art.17 CADH) se da en los casos ya mencionados, así como en: Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (sentencia del 24 de noviembre de 2009); Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (sentencia 24 de febrero del 2012); Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala (sentencia de 25 de mayo de 2010) y Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia (sentencia 3 de septiembre de 2012). Más aun, en el caso especial de los migrantes la Corte entiende que el término familia debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida. Así lo ha interpretado en: el Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana (sentencia del 28 de agosto del 2014), Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador (sentencia del 14 de octubre del 2014).

La importancia de la sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay, con relación al derecho a la identidad, radica en la exposición que hace del concepto como un derecho consustancial a la dignidad humana.

La Sentencia reseña el reconocimiento de este derecho, en otros organismos internacionales donde es considerado como derecho humano fundamental oponible erga omnes que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana.

Al respecto, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos señaló “que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana”. Asimismo, estableció que “la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”.

Asimismo, la sentencia puntualiza el reconocimiento del mismo y en las legislaciones de varios países de las Américas incluido el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay, sentencias de la Corte Constitucional Colombiana y el Tribunal Constitucional del Perú.

Aclara la Sentencia, que, si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos no consagra el derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, sí incluye, como se ha visto, el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho relativo a la protección de la familia.

Reafirma la Corte que existe una obligación por parte del estado de garantizar el ejercicio de este derecho a la identidad, a la nacionalidad y al nombre.

La sentencia realiza un reconocimiento al derecho de la familia biológica a educar a los hijos que traen a la vida, al tiempo que recalca la importancia del acceso a la información sobre la identidad para la formación de la personalidad, resaltando el efecto negativo que produce el desconocimiento de la verdadera identidad.

2.2.2. Derecho a la identidad en un caso de una adopción en Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Odièvre* contra Francia. Sentencia del 13/2/2003.

2.2.2. a Importancia del Caso Odièvre con relación al derecho a la identidad.

En este caso, se ve con claridad cómo el derecho a la identidad del hijo colisiona con la legislación francesa sobre el parto anónimo. Dicha ley habilita a la madre que entrega a su hijo a que guarde reserva de su identidad.

Al estudiar el caso, algunas de las preguntas que surgen respecto al derecho a la identidad son: si este derecho reconoce algún límite y si es suficiente razón para su limitación el anonimato de la madre, cuyo fin es evitar abortos y asegurar condiciones de seguridad y sanidad al momento de dar a luz. Planteadas las preguntas, se analizará la sentencia y se comentarán algunas de las diferentes respuestas dadas por la doctrina a las preguntas planteadas.

2.2.2.b. Hechos del caso.

En el caso objeto de análisis, demanda una ciudadana francesa contra la República de Francia porque se le negaban datos sobre sus orígenes. La razón de dicha negativa era la existencia en la ley francesa de una norma que regulaba el parto anónimo, cuyo fin es proteger el secreto sobre la identidad de la madre. El fin de la norma es por un lado asegurar que el parto se produzca en condiciones de seguridad, evitar abortos y proteger a la madre de

la discriminación que pudiera sufrir en virtud del nacimiento de este hijo por sus circunstancias familiares.

La demandante fundamenta su demanda en la violación de los arts. 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La historia personal de la demandante es la que sigue: nace en París, pero su madre solicita el anonimato del alumbramiento. En 1969, bajo la custodia de los Servicios Sociales es adoptada por la familia Odièvre. En 1990, la actora obtuvo noticias no identificativas sobre su familia biológica.

La demandante alega que el secreto de su nacimiento y la resultante imposibilidad para conocer sus orígenes constituía una violación de los derechos garantizados por el art. 8 del CEDH y art. 14 del mismo Convenio, por lo que solicita el levantamiento del secreto de su nacimiento. La actora alega también que la búsqueda de su identidad forma parte de su vida privada y de su vida familiar y que podría establecer contacto con su familia biológica si la ley francesa no se lo impidiera. Agrega, que el secreto, tal como está instituido en Francia, constituye una discriminación basada en el nacimiento, violando por tanto el art. 14 CEDH.

El gobierno francés, por su parte, señala que el anonimato de la madre es un sistema que tiene en cuenta los derechos de la madre y del hijo, derecho que permite a la madre parir en condiciones sanitarias correctas y proporcionar al niño los cuidados necesarios.

Considera el Gobierno que *la Ley 2002/1993*, de enero del 2002, sobre “*Acceso a los orígenes de las personas adoptadas y pupilas del Estado*” que modifica el art. 62-1 del Código Civil Francés⁹ significa un avance en el sentido de tener en cuenta el derecho a la identidad de los hijos. Dicho artículo establece que, si la transcripción del reconocimiento paternal resultara imposible debido al secreto sobre su identidad mantenido por la madre, el padre podrá informar de ello al Fiscal. Este último se encargará de buscar la fecha y el lugar de establecimiento de la partida de nacimiento del hijo.

Entiende el estado francés que la mencionada ley refuerza considerablemente los medios para levantar el secreto alcanzándose en su opinión un equilibrio justo entre los intereses en cuestión.

⁹ Código Civil Francés Sección III. Del acto de reconocimiento de un hijo natural Artículos 62-1 a 62 Artículo 62-1. (Ley N° 2002-93 de 22 de enero de 2002 art. 14 Diario Oficial de 23 de enero de 2002) (Orden N° 2005-759 de 4 de julio de 2005 art. 17 III Diario Oficial de 6 de julio de 2005 en vigor el 1 de julio de 2006)

Finalmente, agotados todos los recursos internos a fin de conocer a sus padres, *Odièvre* insta la demanda contra el Estado francés ante el Tribunal Europeo. El Tribunal analiza si hay violación de los arts. 8 y 14 CEDH.

2.2.2. c. Contenido de la sentencia.

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara que no ha lugar a la acción planteada por considerar que no hay violación del art. 8 ni del art. 14 de Convenio Europeo de Derechos Humanos

El artículo 8 del Convenio dice:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

Entiende el Tribunal que la expresión “*toda persona*” se aplica tanto al niño como a la madre. Por un lado, está el derecho al conocimiento de sus orígenes y por otro el derecho al anonimato de la madre, que encuentra su fundamento en la interpretación amplia de la noción de vida privada. Plantea el Tribunal la existencia de intereses de terceras personas, ya que el levantamiento no consensuado del secreto podría acarrear consecuencias para su madre, hermanos biológicos y familia adoptiva.

Para el Tribunal la demandante tuvo acceso a informaciones no identificativas de su madre y de su familia biológica que le permitieron establecer ciertas raíces con respeto a los derechos de terceros, por lo que ha sido respetado su derecho a la vida privada y a la identidad personal no existiendo violación del art. 8 de CDEH. Señala que a fin de cumplir con el art. 8 CDEH, hay un “margen de apreciación de los estados firmantes”. No existiendo violación del art. 8 CEDH, ya que hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados (anonimato de la madre y negación del hijo de su derecho a la identidad) y el fin perseguido (la salud del hijo y de la madre).

La demandante alega que se ha violado el art.14 CEDH ya que es víctima de discriminación no teniendo los mismos derechos hereditarios de su madre biológica que sus hermanos de sangre. Entiende el Tribunal que no hay discriminación alguna ya que ella tiene acceso al derecho sucesorio de sus padres adoptivos en virtud de su adopción.

2.2.2. d. Valoración de la sentencia.

Un primer punto que destacar es que la decisión del Tribunal no prioriza el derecho al anonimato de la madre, sino que entiende que hay proporcionalidad entre la negación del hijo a la identidad y el anonimato de la madre y el fin perseguido por la norma, cual es reducir el aborto y el abandono infantil, asegurando la salud de la madre que da a luz y el hijo.

Cabe destacar, que en el Caso Godelli vs. Italia (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 25 de septiembre el 2012), en una situación similar se entendió que Italia había violado el art.8 CEDH. Esta decisión se fundamentó a través de la carencia de la reversibilidad de la identidad de la madre en Italia, a diferencia del caso de Francia, donde esta posibilidad sí existe en virtud de la Ley 2002/1993 que modifica el art. 62-1 del Código Civil Francés.

Los orígenes de esta práctica del parto anónimo se remontan a Francia, a la época de San Vicente de Paul, en el siglo XVII, así el secreto de la maternidad o anonimato se presentaba como una necesidad social a fin de prevenir el infanticidio y el aborto, siendo regulada en el art.326 del Código Civil Francés.¹⁰

Varios autores disienten con la doctrina fijada por el fallo que venimos comentando.

Algunos basan su argumentación en que el riesgo de infanticidio o aborto es mucho menor hoy en día por los medios anticonceptivos y por la distinta consideración de la maternidad extramatrimonial, que ya no es deshonrosa como lo era antes; y, por otro lado, que hay deberes jurídicos cuya aceptación o no queda a discrecionalidad del afectado, tal es el caso de la maternidad (Rivero Hernández, 2003, p.18).

Estimo que, aun siendo cierto que las circunstancias sociales son otras, el hecho de poner en riesgo la vida del hijo y la salud de la madre justifican la imposición de un límite al derecho del hijo a la identidad.

Otros autores critican el fallo sosteniendo que el derecho a conocer la verdad biológica está por encima del interés de los parientes biológicos al secreto. Se utiliza también el argumento de que el fallo termina generando una desigualdad intolerable entre el hombre y la mujer, dado que, mientras la acción de paternidad siempre es viable, la mujer puede poner un límite infranqueable al vínculo jurídico y a la posibilidad de ser reconocida por la persona que trajo al mundo (Kemelmajer de Carlucci, 2004, pág. 88-90).

¹⁰ Article 326. Modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 3 JORF 6 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006. Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé. Ver también Code de l'action sociale et des Families art. L222-6 y art. L147-6

En sentido opuesto a lo expuesto por la autora citada, considero que cabría argumentar que la acción de paternidad podrá hacer tambalear la estructura familiar o la situación económica del padre, pero no pone en riesgo su vida ni la de su hijo que ha nacido bajo la figura del anonimato materno. En relación con la supuesta desigualdad generada por el fallo, no puede alegarse una igualdad en las circunstancias en el caso de la madre y del padre.

El padre corre el riesgo de ver determinada su relación jurídica y su deber de asumir las responsabilidades a que da lugar, pero las alternativas que tiene la madre ante las presiones externas como señala Durán Rivacoba,

“son de una crudeza extraordinaria, entre otras poner en trance la vida de la criatura que porta en su seno. Este peligro ha de conjurarse con prudentes dispensas de los elementos jurídicos de la compulsión, que la reduzcan a términos aceptables para los afectados” (Durán Rivacoba 2010, p.17).

En síntesis, el art.7 de CDN expresa:

“el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (art. 7 CDN).

La clave para interpretar este artículo es el interés superior del niño. En el caso del anonimato de la madre, se entiende que el interés superior es el derecho del hijo a la vida y es en este sentido que se pone un límite al derecho del hijo a la identidad.

2.2.3. Derecho a la Identidad en el Tribunal Supremo español. Sentencia del 21 de septiembre 1999.¹¹

La importancia de este fallo está dada porque, en sentido contrario al *Caso Odièvre (2003)*, el Tribunal Supremo español reconoce al hijo el derecho a conocer a sus padres, amparándose en el art. 7 de la Convención de los derechos del niño ya mencionado.

El Tribunal, a fin de asegurar el derecho a la identidad del hijo, niega el derecho de la madre al anonimato.

2.2. 3.a. Hechos del caso.

La actora Doña María V.M, previo a su alumbramiento en el Centro de la Medalla Milagrosa, se presenta ante la Junta de Andalucía, donde hace una renuncia anticipada de su futuro hijo manifestando que no podrá hacerse cargo de él.

¹¹Sentencia Nº 776/1999 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 21 de septiembre de 1999.

Manifiesta la actora haber sido informada de sus derechos y de las consecuencias de su renuncia y anticipa en ese mismo acto su asentimiento a la adopción, que adquiriría plena validez transcurridos treinta días desde la fecha de nacimiento del menor.

En la base de aquella renuncia, consignaba su voluntad de mantener oculta su identidad tanto a los efectos registrales como durante el proceso de adopción.

Posteriormente, reclama Doña María su filiación, respecto del bebé que había dado a luz, pero esta filiación deviene imposible de ser esclarecida debido a los obstáculos impuestos por los órganos administrativos, es en este estado de cosas que toma intervención el Tribunal Supremo.

2.2.3. b. Contenido de la sentencia.

La sentencia declaró la nulidad de pleno derecho del asentimiento prestado y la renuncia a la filiación.

Para el Tribunal, no eran válidas porque el art. 177 segundo del Código Civil español establecía que el consentimiento exigible para la eficacia de la adopción no podría prestarse hasta que hubiesen transcurrido treinta días después del parto¹². El fin de esta disposición era garantizar la concurrencia plena de las facultades esenciales de la madre biológica para que pueda decidir la cesión en adopción del niño.

Consideró la sentencia que la situación personal, familiar, social y económica de la actora, cuando suscribió anticipadamente el documento de cesión, no era la más idónea para la ponderación de su asentimiento, el que considera insuficiente para la adopción.

Entendió el Tribunal que esta nulidad se extendía a todo el contenido del documento.

Respecto del art. 167 del Reglamento del Registro Civil de 1958, que establecía la posibilidad de guardar secreto sobre la identidad de la madre, y del art. 182 del mismo texto legal, que permitía a la madre desconocer el hecho de su maternidad, ambas normas anteriores a la Constitución española, las mismas tenían como objetivo evitar el aborto y el infanticidio.

El Tribunal estimó que dichas disposiciones eran contrarias a la Constitución, violando el derecho de libre investigación de la paternidad y afectando asimismo la dignidad de la madre y del hijo, así como el derecho al libre desarrollo de su personalidad.

En opinión del Tribunal Supremo, resultaba ilógico que se pudiera imponer al padre la investigación de paternidad en forma coactiva pero no así a la madre, que tendría asegurado su anonimato, de este modo se estaría violando el art.14 de la Constitución.

¹² La redacción actual del 177 2. establece que el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que haya transcurrido seis semanas desde el parto.

Más aún, destacó el Tribunal Supremo que el anonimato de la madre generaba que se perdiera el nexo que permitiría conocer la verdadera filiación.

Al mismo tiempo, reconoció el Tribunal Supremo que existía un derecho de las personas a conocer su herencia genética el cual no podía ser limitado ni por la madre ni el padre.

Respecto a la prueba ofrecida por la actora, entendió que la prueba biológica ofrecida durante todas las instancias no se efectivizó por causas inimputables a la persona que la promovió (actora). Para el Tribunal se han dejado sin tutela judicial los derechos del menor reconocidos en el art. 39.1 de la Constitución Española, impidiéndose la investigación judicial de la filiación.

El fallo del Tribunal Supremo declaró que ha lugar al recurso de casación interpuesto, ordenando como diligencia para mejor proveer la práctica de la prueba biológica.

2.2.3. c. Valoración de la sentencia.

Respecto a la sentencia hay dos aspectos a diferenciar, por un lado, la solución del caso en sí y por el otro la doctrina que establece la sentencia.

El problema que plantea el caso es el de una madre que se arrepiente de haber renunciado a su hijo y además la renuncia no era jurídicamente válida.

Parece entonces que la solución que da el Tribunal Supremo es la más lógica, es decir, conservar el lazo biológico respetando el derecho del art 7 de Convención de los Derechos del Niño y teniendo como directriz de toda decisión el interés superior del niño.

El artículo citado como ya se señaló establece que el niño será inscripto después del nacimiento teniendo derecho desde que nace a adquirir un nombre y una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres. La expresión “en la medida de lo posible” está aclarando que no siempre esto podrá concretarse.

La doctrina del Tribunal Superior respecto del anonimato de la madre establecida en la Sentencia no es coincidente con la establecida por el Tribunal Constitucional (Sentencia 17 de junio 1999), emitida pocos meses antes, que declaraba constitucionalmente legítimo el anonimato del donante de espermatozoides en el contexto de la aplicación de una técnica de reproducción humana asistida.

El resultado de esto es una incoherencia, que crea una desigualdad y da un trato discriminatorio entre la madre a quien se niega el anonimato y el donante de espermatozoides a quien no se le niega.

“La puesta en contraste de estas soluciones permite constatar que la madre, que contaba con medidas de apoyo en concretas situaciones que pudieran poner en riesgo la vida del hijo, las pierde; mientras el padre que, a partir de la reforma del año 1981 que impuso la libertad de investigación de la paternidad, había perdido sus antiguos privilegios, se ve beneficiado de la misma dispensa que ahora se niega para la madre.” Durán Rivacoba (2010 p.1)

2.3. Conclusiones.

Sin duda, el derecho a la identidad es un derecho humano y, como tal, debe ser protegido, lo que no implica que el legislador no pueda poner límites al mismo cuando estos sean proporcionales al bien que se intenta proteger.

El punto acerca del cuál reflexionar es sobre qué parámetros se sienta el legislador para establecer estos límites, si lo hace desde los derechos del hijo (interés que debe primar), o sobre el interés de los adultos.

Si se decide admitir el anonimato del donante de esperma, se debe admitir también el anonimato de la madre. Pero, además del principio de igualdad, hay otro derecho que entra en juego en esta decisión: es el derecho a la intimidad de la madre, su derecho no es superior al derecho a la identidad del hijo, pero es pensando en el derecho a la vida (de éste y de la madre) que se admite el anonimato.

En el capítulo siguiente, al analizar la filiación, se mostrará de qué modo este derecho a la identidad es ignorado en el caso del hijo nacido por TRHA.

CAPÍTULO 3 EL DERECHO DEL HIJO A ESTABLECER SU FILIACIÓN COMO PARTE DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.

3. Filiación y técnicas de reproducción humana asistida.

Se tratará en este apartado la filiación por TRHA, sus características y elementos en los que se funda, definiendo la voluntad procreacional para marcar luego las diferencias con la filiación por naturaleza y la filiación por adopción.

Se desarrollará el ejercicio de las acciones de filiación en el caso de filiación por TRHA y su relación con el derecho a la identidad, reflexionando primero sobre el derecho a la identidad y el ejercicio de las acciones de filiación en el derecho argentino, para seguir luego la misma metodología con respecto al derecho español.

3.1. Concepto de filiación y voluntad procreacional.

Se puede definir la filiación como el vínculo que se establece entre las personas que el derecho coloca en la condición de padre y madre y la que sitúa en la de hijo.

La filiación es una relación familiar fundamental, con una dimensión biológica ligada al hecho de la generación y una dimensión jurídica. La primera dimensión es la más radical, pero en la paternidad, que no es en sí misma evidente, aparece en primer plano la jurídica. Existen en el derecho casos en que dos personas poseen un vínculo jurídico que carece de base biológica: tal sería el caso de la adopción y de las TRHA (Martínez de Aguirre, 2013).

Para determinar la relación jurídica de filiación, con el fin de dar lugar a la patria potestad, alimentos, régimen de custodia, apellido y vocación hereditaria, el derecho elige una serie de actos y hechos a los que denomina títulos de determinación de filiación cuya función consiste en responder a la pregunta: ¿quién debe ser padre o madre de un niño? Y será el derecho el que decidirá cómo resolver aquellos casos en los que no exista coincidencia entre la relación biológica y la jurídica (Barber Cárcamo, 2010, pág. 26).

Se dijo en los capítulos precedentes, que las técnicas de reproducción asistida generan un cambio en el derecho de familia y en la filiación en particular, surgiendo un nuevo tipo de filiación. Esta filiación derivada de las TRHA se diferencia de la filiación por naturaleza porque en la primera no media acto sexual; por otro lado, en los casos de la TRHA heteróloga no siempre el material genético es aportado por la misma persona que aporta el elemento

volitivo. En la filiación por TRHA, aparece el concepto de voluntad procreacional, constituyéndose en la nueva base para determinar la paternidad o maternidad y disminuyendo el valor de la realidad biológica o genética. Así, cuando en una misma persona no coinciden el elemento genético, biológico y volitivo prevalece la paternidad consentida y querida sobre la genética.

Las TRHA cambian las reglas de maternidad y paternidad apareciendo entonces la distinción entre el padre y el progenitor. El primero es aquel que tiene la voluntad de ser padre, de ejercer los derechos y deberes que confiere tal nombre; el segundo, por el contrario, es aquel que aporta los gametos que sustentan la relación genética, pero que carece de intención de asumir la paternidad.

3.2. Filiación en el Nuevo Código argentino y aparición de una nueva categoría de hijos: los nacidos por reproducción asistida.

El nuevo Código argentino parte de la idea (como aclara la Comisión redactora) de que tanto el matrimonio, como la filiación no están atados a la “naturaleza”, sino que dependen de factores como las creencias religiosas o los modos de vida. Por lo tanto, al no ser ni el matrimonio ni la filiación conceptos naturales o esenciales sino creaciones y conceptos culturales, son fundamentalmente cambiantes. Y desde esta óptica, se juzgan en virtud del principio de no discriminación y la sanción de la ley de matrimonio homosexual, todos los modelos familiares como iguales y posibles.

En una entrevista a la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci sobre el nuevo Código Civil y Comercial ¹³, explica que el Anteproyecto

“sigue de cerca la evolución producida y la aparición de nuevos principios, en especial, el de democratización de la familia, de tanto peso que algunos autores contemporáneos entienden que se ha pasado del derecho de familia al derecho de las familias en plural”.

Respecto a la filiación, el Código de Vélez Sarsfield distinguía en hijos matrimoniales y extramatrimoniales (naturales, adulterinos e incestuosos y sacrílegos). La ley 2.393 derogó la categoría de sacrílegos y la ley 14.367 suprimió los adulterinos e incestuosos. En 1948, la ley 13.252 introdujo en la legislación argentina el instituto de la adopción.

El nuevo Código regula el tema en el Título V– “Filiación” – del Libro II –“Relaciones de Familia”–, a saber: “Disposiciones Generales”; “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”; “Determinación de la maternidad”;

¹³ Aida Kemelmajer de Carlucci fue miembro de la Comisión redactora, entrevista publicada en Revista de Derecho Privado número 30, enero -junio del 2016 pp. 371-377

“Determinación de la filiación matrimonial”; “Determinación de la filiación extramatrimonial”; “Acciones de filiación. Disposiciones generales”; “Acciones de reclamación de filiación”; y “Acciones de impugnación de filiación”.

Introduce el Código una nueva categoría de filiación porque los problemas que surgen de las TRHA que no se identifican con las situaciones ni de la filiación por naturaleza ni de la filiación por adopción, en particular cuando se utiliza material genético de un tercero.

Basta señalar, para resaltar esta diferencia, que en la filiación por naturaleza se atribuye la paternidad sobre la base del matrimonio con la madre o la prueba genética de que alguien es el padre biológico, mientras que en la filiación por adopción estamos ante una filiación constituida por sentencia judicial donde falta el vínculo genético, situación que no siempre ocurre en la TRHA (Kemelmajer de Carlucci, 2012).

Con relación a la creación de una tercera categoría de hijos, la Dra. Basset (2012, p. 291) mantiene una opinión contraria subsumiendo los casos de TRHA homóloga en la filiación natural y los de TRHA heteróloga en la filiación por adopción.

Sin embargo, en el caso de España la inexistencia de una tercera categoría no parece haber solucionado los inconvenientes y gran parte de la doctrina considera insuficiente la decisión de la *Ley 14/2006* por la cual se considera que la filiación derivada del empleo de TRHA debe considerarse como filiación natural, con base en el razonamiento de que el modo de concepción en nada alteraría la clasificación jurídica de la filiación.

Establece el Código que estos tres tipos de filiación *“surten los mismos efectos”*, es decir todos serían iguales desde el punto de vista de los derechos que otorgan.

Sin embargo, existirá una diferencia de régimen jurídico entre un tipo de filiación y otra por lo que parte de la doctrina (Basset -2012- y Laferriere -2012 b-entre otros) considera que se estaría contraviniendo el principio de igualdad.

Entiendo que esta diferencia de régimen jurídico estaría justificada por las diferentes realidades de una y otra categoría filiatoria por lo que no sería discriminatoria.

A continuación, presentaré cuales son estas características que definen una y otra filiación.

3.3. Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida y voluntad procreacional en el Código argentino.

La voluntad procreacional, que es la columna vertebral sobre la que se asienta la filiación por TRHA, se expresa a través del consentimiento. Este deberá ser previo, informado y libre, recabado por el Centro de Salud interviniente y será renovado cada vez que se proceda a la

utilización de gametos o embriones. Una vez prestado, deberá protocolizarse ante notario o certificarse ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción.

Otorgado el consentimiento, quien nazca por medio del empleo de una TRHA será considerado hijo de la mujer que da a luz y de la otra persona (varón o mujer) que prestó su consentimiento para que la técnica se realice. Este es el consentimiento que crea el vínculo filiatorio y que el artículo 562 llama “voluntad procreacional”, entendiendo que es el elemento volitivo el que tiene virtualidad suficiente como para crear el vínculo filiatorio. Consecuentemente, no importará el nexo biológico existente entre quien aportó los gametos para que la TRHA se realice y quien fue concebido por ella (Zabaleta, 2015).

Este consentimiento utilizado en TRHA encuentra su mayor similitud con el consentimiento informado prestado para los actos médicos. La Ley 26.529 de *Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud* (octubre 21 de 2009) dedica su Capítulo III al consentimiento informado definiéndolo en su art. 5,

Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

- a) Su estado de salud;
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) Los beneficios esperados del procedimiento;
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
- f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

Este consentimiento prestado tendrá una doble vertiente: médica, para someterse al tratamiento, y jurídica, para no impugnar la filiación así surgida.

Asimismo, debe reunir para ser considerado válido una serie de requisitos entre los que podemos mencionar siguiendo a Basset (2015 b, p. 6):

- ✓ A fin de garantizar la libertad del acto jurídico, será el establecimiento o clínica el encargado de certificar la capacidad y mayoría de edad de los donantes y comitentes.
- ✓ Para que el consentimiento sea prestado con discernimiento, quien lo preste deberá saber qué está consintiendo, por lo tanto, deberá ser informado del objeto del acto, de sus efectos, procedimientos e implicaciones para los donantes o comitentes. La información deberá ser dada en términos comprensibles, objetivos e indicando los beneficios esperados y los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles. Sobre todo, en el caso de la mujer donante o la que recibirá el embrión para su implantación, por el impacto que tienen dichos tratamientos en la salud física o psíquica de la mujer.
- ✓ El acto para su validez no deberá estar viciado de error, dolo o violencia.

- ✓ El objeto del consentimiento deberá ser conforme a la ley, la moral y las buenas costumbres art. 55 y art. 279 del Código Civil y Comercial (de ahí que no tenga cabida ni la maternidad subrogada ni la fecundación post mortem).
- ✓ Como todo acto de disposición sobre del propio cuerpo, no podrá este consentimiento ser suplido por un tercero art.56 del Código Civil y Comercial. El Código establece la necesidad de que dicho consentimiento sea renovable en cada práctica que se realice. Para evitar los problemas que puedan suscitarse cuando emitido el primer consentimiento sobrevenga una causa de fuerza mayor que impida la formulación del segundo el Código debió haber previsto que el consentimiento previo a la fecundación tuviera carácter irrevocable una vez iniciada la práctica.

3.4. Derecho a la identidad y a la filiación en el nuevo Código argentino.

A continuación, se comentará cómo a pesar de que la ley argentina establece que los tres tipos de filiación tienen los mismos efectos, los hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida carecen de derecho a la identidad biológica.

Esta decisión legislativa de proteger el anonimato del donante a costa del derecho a la identidad del hijo es contraria al derecho a la igualdad y no discriminación establecida en el art.16 de la Constitución de la Nación Argentina. En este sentido habrá hijos que por ser naturales tendrán acceso a esta información biológica ya que coincide con la jurídica; hijos adoptados cuyos padres adoptivos tienen obligación legal de informar sobre su identidad biológica; e hijos nacidos por TRHA que cuyos padres, serán aquellos que han expresado su voluntad procreacional y no tendrán obligación de informar a sus hijos sobre su identidad biológica.

Hay casos en que esta desigualdad a la que se está haciendo referencia se vuelve desmesurada, tal es el caso de la maternidad en solitario que será tratada especialmente en el punto 3.6.5. de este trabajo. Basta por ahora plantear que en estos casos en que se decide encarar un proyecto de maternidad en solitario los hijos ven negado su derecho a la identidad biológica pero además carecerán de un derecho alimentario respecto del padre.

Con respecto al derecho a la identidad de los hijos nacidos por TRHA, establece el art. 564 del Código Civil y Comercial argentino que tendrán acceso limitado a la información sobre su origen: cuando un motivo de salud grave lo justifique podrán obtener del Centro de salud interviniente información relativa solo a los datos médicos del donante y solo por razones debidamente fundadas, y mediante un procedimiento judicial previo, podrá revelarse la identidad del donante.

Se ha señalado anteriormente que el derecho a la identidad no implica la determinación de la filiación, pues no es el fin hacer coincidir el dato biológico con el jurídico, sino acceder a información indispensable para la formación de la personalidad y para el ejercicio de un derecho fundamental de la persona. No se intenta tener acceso a un derecho alimentario o sucesorio, sino simplemente tener acceso a más que a meros datos identificatorios.

Se trata de saber, por ejemplo, si hay un parecido físico, cómo es la vida de mi padre o madre si tengo o no hermanos. No se puede obviar que el ser humano es un ser corpóreo y el conocer se da primero a través de los sentidos, por eso no es suficiente a los efectos de ejercer el derecho a la identidad garantizar el acceso sólo los datos identificatorios.

Pantaleón Prieto (1993, p.139), marcaba esta desigualdad de trato según la categoría de hijo de que se tratara, refiriéndose a la *Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida* en España y su constitucionalidad entendía en estos términos la violación del art.14 de la Constitución española:

“con el artículo 14 CE en la mano, tenga a bien indicarme qué razón puede justificar razonablemente que el nacido a consecuencia de una fecundación artificial con semen de donante carezca del derecho a conocer su origen genético, cuando sin duda lo tienen todos los hijos no matrimoniales concebidos de forma natural: también el hijo adulterino, aunque el marido haya consentido el adulterio de su mujer y decidido aceptar como suyo al hijo fruto del mismo”.

Se apunta a favor del anonimato del donante que su inexistencia produciría un descenso de donantes, quienes no estarían dispuestos a que en algún momento de su vida aparezca un hijo suyo en escena.

Hay autores que sostienen que la restricción que se impone al derecho a la identidad resulta proporcional y por ende legítima, dado que ponderando los derechos que entran en conflicto el sacrificio del derecho a la identidad se justifica por la protección que se otorga a la identidad en sentido dinámico y al derecho a formar una familia y a tomar decisiones libres en relación con la vida privada (Fama 2012, pp. 187-191).

No se entiende la lógica de la afirmación ni cuál es el motivo por el cual se deba considerar este derecho del adulto superior al derecho del hijo a la identidad ni por qué no podrían darse ambos sin necesidad de que el cumplimiento de uno signifique la desaparición o limitación del otro. Y aún más siguiendo el razonamiento de Pantaleón Prieto:

“Aunque fuera cierto que para muchos de ellos la alternativa a la imposibilidad de conocer la identidad del donante de semen fuera no nacer, nadie está legitimado para decidir en su nombre que lo primero sea mejor que lo segundo” (Pantaleón Prieto, 1993, p.143).

Parte de la doctrina considera distinto el derecho a la identidad según se trate de hijos adoptivos o nacidos por TRHA. Así opinan Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm (2012), quienes explicando los motivos para sostener el anonimato destacan la diferencia que existe en su opinión en el derecho a la identidad en el caso de la adopción y de las TRHA,

” Debe, pues, "desmitificarse" o, al menos, no igualar situaciones bien distintas: en la adopción se tuvo otros padres —los biológicos— y, por ende, abuelos, tíos, etc. La fuerza del "peso de la historia", en cambio, no está presente en los niños nacidos por técnicas de reproducción asistida”. (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm 2012 b, p.3)

Estimo, que el derecho a la identidad biológica no está condicionado al modo en que la misma fue determinada, siendo indiferente a los efectos de concretar el derecho a la identidad si la identidad biológica que se tiene derecho a conocer proviene de adopción o por TRHA, de lo contrario estaríamos violando abiertamente el principio de igualdad y no discriminación. Por otro lado, si no se tienen tíos, abuelos en síntesis una familia extensa es justamente porque la ley lo está impidiendo por lo tanto el “peso de la historia “no existe sencillamente porque es negado por la ley.

También el anonimato del donante es visto por sus defensores, como una forma de preservar el derecho a la intimidad y privacidad de los padres que pueden querer guardar secreto sobre el modo en que vino su hijo al mundo ya sea por sentir que pueden ser estigmatizados o por sentir que el secreto es una forma de proteger la familia que han formado (Andrews, Lori B., 1985, p.33-39).

En este sentido, considero que la situación es comparable a la adopción donde existe sin embargo obligación por parte de los padres de informar a sus hijos que son adoptados, precepto que deberían existir también en el caso de las TRHA.

Finalmente, hay una cuestión económica de las TRHA que no puede ser ignorada: para esta industria la existencia del anonimato es un requisito que parecería ser beneficioso y útil a sus objetivos.

En síntesis, el mantenimiento del anonimato del donante de esperma o de la donante de óvulo, de la pareja que ha donado embriones, aun de la madre que ha gestado en el caso de la maternidad por subrogación constituye una violación a un derecho fundamental del hijo como es el derecho a la identidad.

Se analizará a continuación el diferente tratamiento que recibe el derecho a la identidad según nos encontremos ante la filiación por naturaleza, por adopción y por TRHA.

3.4.1. Filiación natural y derecho a la identidad.

El derecho a la identidad, en el caso de filiación natural, puede ejercitarse a través de las acciones de filiación (art.566 y siguientes del Código Civil y Comercial), en las que se admiten todo tipo de pruebas incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte. El Código Civil y Comercial regula las acciones de reclamación de filiación en arts. 582 a 587 y las acciones de impugnación de la filiación arts. 588 a 593. La legitimación activa y el plazo de dichas acciones se sintetizan en el cuadro que se presenta el punto 3.5.

Solo quisiera destacar por ahora que, en relación con el derecho a la identidad del hijo, el art. 583 establece que en todos los casos que un niño o niña aparezca inscripto solo con filiación materna, el Registro Civil debe comunicarlo al Ministerio Publico, el cual debe procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. El art. 587 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que el daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero del mismo cuerpo legal. Se reconoce en forma expresa la procedencia de la acción de daños y perjuicios derivada de la falta de reconocimiento del hijo.

3.4.2. Filiación adoptiva y derecho a la identidad.

La diferencia marcada de regulación en el caso de la filiación por adopción y la derivada de TRHA en lo que hace al derecho a la identidad, es un argumento que demuestra la ruptura del principio de igualdad.

El art. 596 CCC regula el derecho a conocer los orígenes (en forma similar al art.180.6 del Código Civil español) estableciendo que el adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder al expediente judicial y administrativo de su adopción, y a toda otra información que conste en los registros judiciales y administrativos.

El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y su familia de origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles.

Por su parte, los adoptantes deben comprometerse a hacer conocer sus orígenes al adoptado, sin que se hayan establecido plazos para cumplir con ese deber de información ni sanciones para el caso de que no lo hicieran. Además del derecho a acceder al expediente el adoptado

adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes, contando con asistencia letrada. Como se podrá en evidencia a continuación, los hijos nacidos por TRHA carecen de estos derechos.

3.4.3 Filiación por técnicas de reproducción humana asistida y el derecho a la identidad.

El derecho a la identidad de los concebidos por TRHA está regulado en los arts. 563 y 564 del Código Civil y Comercial.

Establece el art. 563 que la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnica de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento, no en la partida. Se trata una norma de carácter administrativo que presupone la existencia de un registro.

Es importante notar otra diferencia de trato entre los diferentes tipos de filiación ya que, para el caso de filiación por TRHA, no existe obligatoriedad de los progenitores de hacer saber a los niños cómo han sido concebidos, a diferencia de lo dispuesto en el art. 596 del Código para el caso de la adopción.

El art. 564 por su parte regula cómo será el acceso a la información, la cual es crucial para el ejercicio del derecho a la identidad por parte del hijo concebido por técnicas de reproducción humana asistida. Dicha información podrá obtenerse si se trata solo de los datos médicos del donante cuando sea relevante para la salud, y deberá existir una razón debidamente fundada, la cual será evaluada por un procedimiento judicial, el más breve que prevea la ley local.

En dicho proceso se deberán exponer los argumentos de peso a fin de lograr el levantamiento del secreto y será el Juez quien considerará si estos son o no suficientes.

Sobre este aspecto, es necesario hacer notar que los elementos para valorar esta razón debidamente fundada son subjetivos y dependerán del criterio de cada juez, lo que sin duda aportará inseguridad jurídica.

Por otro lado, cabe preguntarse si la necesidad de conocer los datos que hacen a la identidad de una persona no es por si sólo una razón debidamente fundada a fin de desvirtuar el anonimato del donante.

Como se puede observar existe una limitación para el conocimiento de su identidad para los hijos nacidos por TRHA que no existe ni para los hijos por naturaleza ni por adopción.

Algunos autores, con el fin de justificar esta desigualdad, sostienen que en el caso de la adopción hay un derecho a la identidad; en cambio en el caso de las TRHA solo existiría un derecho a la información. Explican Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm (2012) los

motivos de esta diferenciación del derecho a la identidad en la adopción y en TRHA arguyendo que

“La comparación del derecho a conocer los orígenes en la adopción y en la reproducción humana asistida muestra claramente un mayor peso en la primera, porque comprende la identidad estática (quiénes son los padres) y la dinámica (historia de ese niño); en definitiva, son los orígenes biológicos (bio, vida); en la segunda, en cambio, afecta sólo a la identidad estática y está circunscripta a un solo dato, el genético; por eso, con mayor precisión, se habla del "derecho a la información" (Kemelmajer de Carlucci, Herrera & Lamm 2012, p.2).

No se entiende cuál es la justificación jurídica de por qué los hijos adoptivos deban tener un derecho a la identidad y los nacidos por TRHA deban tener un derecho a la información lo cual resulta como se viene sosteniendo contrario al principio de igualdad. Tampoco se entiende en qué modificaría la situación del donante o los receptores-comitentes que el hijo tenga acceso a esta información sin reclamación de ningún tipo de vínculo jurídico.

Cabe agregar que este derecho del hijo a saber que ha nacido con material genético de un tercero y el resguardo de esa información ha llegado a la justicia argentina en un fallo de la Cámara Contencioso Administrativa Federal Sala V en autos’’ *C. E. M. y otros vs Estado Nacional Ministerio de Salud*’’ (sentencia de 29/4/ 2014).

Se trata de un proceso de amparo en el que se solicita la creación de un registro con la información de los donantes de gametos. Los actores promovieron la presente acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional con el objeto de que, a través del Ministerio de Salud o el organismo que se considerara competente, se dispusiera la creación de un registro con toda la información que poseen los centros de fertilidad y bancos de gametos legalmente habilitados en el país sobre la identidad de los donantes de gametos, con la finalidad de que sus hijas y todas la personas nacidas en virtud de las técnicas de fertilización asistida con material heterólogo pudieran, al cumplir la mayoría de edad, ejercer su derecho a conocer su identidad biológica, accediendo a esa información con la correspondiente autorización judicial. Precisaron los actores, que tenían dos hijas concebidas a partir de técnicas de fertilización asistida con óvulos donados por terceros e indicaron que conocían la identidad de la donante de los óvulos con los que fue concebida la mayor de sus hijas, dado que se trataba de una amiga de la familia, pero que la menor de sus hijas fue concebida con óvulos donados por medio de un procedimiento practicado en el Centro Especializado en Reproducción (CER), por lo que desconocían la identidad de la donante. Afirmaron que en virtud de que en nuestro país no se encuentra reglamentada la donación de material genético, los centros de fertilidad y los bancos de gametos no tienen la obligación de conservar la información relativa a los donantes de los gametos.

Algo similar ocurre con la *Ley 14/2006* española que en su art 5.5, que establece que la regla del anonimato podrá romperse sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales: sólo entonces podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

En el siguiente punto se resumen en un cuadro comparativo las diferencias de tratamiento en el ejercicio de las acciones de filiación entre la filiación por naturaleza y la derivada de TRHA. Entiendo, como se ha manifestado más arriba, que dicha diferencia de tratamiento es congruente con la voluntad procreacional y el modo en que se estructura este nuevo tipo de filiación.

3.5 Cuadro comparativo del tratamiento de la filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida en Argentina.

CCC argentino	Art.	Hijos naturales	Hijos TRHA
Determinación de maternidad	565	Prueba nacimiento e identidad del nacido. Mater Semper certa est. Parto sequitur ventrem.	Madre es la que da a luz.
Deter. filiación matrimonial. Presunción filiación	566	Hijo del o la cónyuge el nacido después de la celebración del matrimonio hasta 300 posterior interposición de la demanda de divorcio o nulidad o separación de hecho o muerte	No rige la presunción si el o la cónyuge (ley 26.618 matrimonio igualitario) no prestó su consentimiento, previo, informado y libre. ¹⁴
Supuesto de separación de hecho	567	Aunque falte la presunción, debido a la separación de hecho, el nacido debe ser inscripto como hijo de este si concurre el consentimiento de ambos hayan nacido el hijo por naturaleza o por TRHA. Será la mera expresión voluntad ante registro civil	Con independencia de quien aporte los gametos se debe haber cumplido además con el consentimiento previo, informado y libre y demás requisitos de la ley especial. (560 y 561).

¹⁴ Si una persona no manifestó su voluntad procreacional mediante el correspondiente consentimiento y se encuentra casado con la mujer que dio a luz opera la presunción como si fuera un hijo por naturaleza, pero el cónyuge que no prestó su consentimiento puede probar la existencia del proceso médico y la falta de consentimiento para desvirtuar la presunción de filiación matrimonial.

CCC argentino	Art.	Hijos naturales	Hijos TRHA
Caso matrimonios sucesivos de la madre que da a luz.	568	<p>1) El hijo nacido dentro de los 300 días de la disolución o anulación del primer matrimonio y dentro de los 180 días de la celebración del segundo tiene vinculo filial con el primer cónyuge.</p> <p>2) si nació dentro de los 300 días de anulación o disolución del primero y después de los 180 días de la celebración del segundo tiene vinculo filial con el segundo cónyuge.</p> <p>Presunción iuris tantum.</p>	El supuesto se rige por las reglas del consentimiento.
Formas de determinación de la filiación matrimonial	569	<p>1) inscripción y partida casamiento y certificado nacimiento.</p> <p>2) sentencia en juicio de filiación.</p> <p>3) Presunción filiación art 566</p>	Por el consentimiento previo informado y libre y debidamente inscripto en el Registro de estado Civil y Capacidad de las Personas.
Determinación de filiación extramatrimonial.	570	Reconocimiento (571-573). Posesión de estado que tiene el mismo valor que el reconocimiento (art 584). Convivencia de la madre durante la época de concepción hace presumir vinculo filial a favor del conviviente. (585)	Consentimiento previo informado y libre al uso de las TRHA.
Reconocimiento de paternidad	571	<p>1) declaración formulada ante Registro Estado Civil y capacidad de personas</p> <p>2) declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido.</p> <p>3) disposiciones contenidas en actos de última voluntad.</p>	No es posible.
Impugnación de filiación.	576/577	El derecho a impugnar o reclamar la filiación no se extingue por prescripción ni por renuncia expresa o tácita, pero los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción. (576)	No es admisible cuando haya prestado consentimiento con independencia de que se hayan o no aportados gametos. No hay posibilidad de reconocimiento. No ejercicio de acción de filiación. (art.577)
Acciones de reclamación de filiación	582	Contra sus progenitores o quienes considere sus progenitores o sus herederos. Pueden ser promovidas por el hijo en todo tiempo.	No se aplica, con independencia de quien haya aportado sus gametos. El donante no es progenitor.
Convivencia	585	La convivencia de la madre durante la época de la	No rige la presunción si él o la

CCC argentino	Art.	Hijos naturales	Hijos TRHA
		concepción hace presumir el vínculo filial a favor del conviviente, excepto oposición fundada.	cónyuge (ley 26.618 matrimonio igualitario) no presto su consentimiento, previo, informado y libre. ¹⁵
Reclamación filiación cuando está determinada solo maternidad	583	Se debe instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre y la información que contribuya a su individualización y paradero (el derecho a la identidad del hijo prima sobre el derecho a la intimidad de la madre). (583)	No se aplica en TRHA ¹⁶
Reparación del daño causado	587	El daño producido al hijo por la falta de reconocimiento es reparable.	No es reparable
Impugnación maternidad	588	Puede ser impugnado por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo.	La falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad.
Impugnación de la filiación presumida por ley	589	El o la cónyuge puede impugnar el vínculo filiar de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a la interposición de la demanda de divorcio, nulidad, separación de hecho o muerte mediante la alegación de no poder ser el progenitor o que la filiación presumida por la ley no deba ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés del niño.	No se puede impugnar cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quien aporte los gametos.
Acción de negación de filiación presumida por ley	591	El o la cónyuge de la mujer que da a luz puede negar judicialmente el vínculo filial del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio.	No se puede impugnar cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quien aporte los gametos.
Impugnación	592	Antes del nacimiento del hijo el o la cónyuge puede impugnar	No se puede impugnar cuando

¹⁵ Si una persona no manifestó su voluntad procreacional mediante el correspondiente consentimiento y se encuentra casado con la mujer que dio a luz opera la presunción como si fuera un hijo por naturaleza, pero el cónyuge que no presto su consentimiento puede probar la existencia del proceso médico y la falta de consentimiento para desvirtuar la presunción de filiación matrimonial.

¹⁶ Nótese que en este caso por ejemplo una mujer con un proyecto parental en solitario cuyo hijo no tendrá padre surge la pregunta: ¿no tendrá que revelar quién es el padre? ¿sería posible el reconocimiento en caso de que el donante estuviera dispuesto? La respuesta a ambas es la negativa.

CCC argentino	Art.	Hijos naturales	Hijos TRHA
preventiva de la filiación presumida por ley		preventivamente la filiación de la persona por nacer	haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quien aporte los gametos.
Impugnación del reconocimiento	593	El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo.	No se puede impugnar cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quien aporte los gametos

A continuación, analizaré la filiación por TRHA en la legislación española, estableciendo, como se realizó con la legislación argentina, aquellas normas que restringen el ejercicio del derecho del hijo a la identidad.

3.6 Filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida en el derecho español.

La determinación de la filiación en TRHA se rige por reglas propias contenidas en *Ley 14/2006*, que excepcionan el régimen del *Código Civil* español. Se aplicará entonces el *Código Civil* español salvo en los casos que éste quede desplazado por la norma especial de la *Ley 14/2006*, en concreto por los arts. 8 a 10 y por el 7.3 que constituye un nuevo título de determinación de filiación (Barber Cárcamo, 2010, p. 29).

Por su parte, establece el art. 108 CC español que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. Como puede verse, para el legislador español existen solo dos categorías de hijos: los nacidos por naturaleza y los nacidos por adopción.

En referencia a la categoría de hijos por TRHA, sostiene Nanclares Valle (2007) que se presenta como una formula híbrida (un *tertium genus*), donde no estaría presente la característica de impugnabilidad que sí está presente en la filiación por naturaleza. Así lo explica el autor:

” Sin embargo, la filiación por naturaleza presenta una impugnabilidad que la puede convertir en claudicante. Yo soy el presunto padre de mi hijo, pero puedo no serlo en realidad y que esa apariencia quede desvirtuada. De aplicarse a la filiación fruto de las presentes técnicas reproductivas esta característica de la filiación natural (la impugnabilidad), la verdad biológica podría aflorar siempre y si bien no lograríamos determinar al verdadero progenitor

(pues el art. 8.3 proscribía la determinación legal de la paternidad respecto del donante anónimo, sin perjuicio de las dudas de inconstitucionalidad que plantea el precepto) sí que permitiríamos al hijo liberarse del falso padre”(Nanclares Valle, 2007, p.28)

Los casos de filiación que podrían darse por aplicación de TRHA son los que se exponen a continuación.

3.6. 1. Inseminación artificial homóloga en caso de matrimonio

La filiación es matrimonial de acuerdo con los arts. 108 y 115 del Código Civil español. Nanclares Valle (2007) plantea el caso en que por error o negligencia no se tomara el consentimiento del cónyuge, el cual es requisito de la ley por aplicación del art.6.3. En tal caso, entiende el autor que el padre podría impugnar la paternidad por el art 136 del CC español en caso de prosperar la acción regiría el efecto de cosa juzgada ergo no habrá posibilidad de reclamar por parte del hijo.

3.6.2. Inseminación artificial homóloga en caso de convivencia more uxorio.

Estamos ante un caso de inseminación artificial de pareja no casada con semen y óvulo propio: la mujer es fecundada con semen de su conviviente, lo que naturalmente presupone un consentimiento de ambos.

La filiación se regirá por lo dispuesto en el art.8.2 de ley 14/2006 por lo que el hijo será del no marido que aportó su semen si practica un reconocimiento voluntario; se ha cumplido el art. 120 1º del Código Civil vigente es decir la declaración en formulario oficial; o si, no haciéndolo, se determina la filiación en un expediente registral o por sentencia.

Cabe destacar la decisión de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6ta., Sentencia 277/2014 de 23 de diciembre de 2014, Recurso 553/2014, en este caso la madre Doña Felicísima interpuso demanda frente a Don Higinio en reclamación de filiación paterna extramatrimonial respecto del hijo y menor Mateo, nacido por fecundación artificial consentida por ambos, a lo que se opuso el citado demandado.

La Audiencia Provincial de Alicante consideró que la donación consentida de semen para llevar a cabo las técnicas de reproducción asistida conlleva la atribución de paternidad del donante por lo que la AP de Alicante desestimó el recurso de apelación interpuesto y confirmó la sentencia de instancia que declaró al demandado padre biológico del menor, por considerar que se trataba no de una donación anónima sino consentida, atribuyendo al consentimiento prestado ante el centro médico valor de título de determinación de la filiación.

3.6.3. Inseminación artificial heteróloga en caso de matrimonio.

El art. 6 de ley 14/2006 establece en apartado 3. que, si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente.

El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal. Ni el marido ni la mujer podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por aplicación de TRHA (art.8.1 ley 14/2006).

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 28/2007 de 27 de septiembre de 2007, Rec.135/2006 resolvió la validez del consentimiento prestado por el actor en documento privado que no fue elevado a público tal como exige la ley catalana (art.92 del Código de familia catalán de 1998), considerando que lo contrario suponía una deslealtad hacia su entonces esposa, un perjuicio para el menor y una injustificada mutación del estado civil.

Sostiene el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que el consentimiento del marido produce entonces un doble efecto: autoriza al Centro médico a emplear sobre la mujer las técnicas de reproducción asistida sin cuya obtención el centro se expone a la correspondiente sanción administrativa y de otro lado produce el efecto de asumir la paternidad resultante, prohibiendo la impugnación. El conflicto surge cuando, como en este caso, el consentimiento se ha prestado por el marido en forma expresa, libre, consciente y por escrito, pero no en escritura pública como previene el art. 92 del Código de familia catalán.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña entendió que el marido tuvo la voluntad procreacional por haberse constatado que era estéril y descartado por tanto la procreación por naturaleza, aceptó la donación de semen de donante anónimo, consintió el uso de la técnica que se implementó a su esposa en el momento en que tuvo lugar la concepción y por tanto debe asumir las consecuencias jurídicas de tal decisión.

3.6.4. Inseminación artificial heteróloga en caso de convivencia more uxorio:

La mujer es fecundada con semen de un donante y se requiere el consentimiento de ambos, el caso está contemplado expresamente en art.8.2 de Ley 14/2006¹⁷.

¹⁷ Ley 14/2006 art. 8 2. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad.

Ahora bien, para la determinación de la paternidad será necesario que el conviviente varón consienta, pues al ser tratada la filiación derivada de TRHA como una filiación por naturaleza, el consentimiento médico no es per se título de determinación de la filiación, debiendo acudir a los títulos propios de la filiación no matrimonial (declaración conforme en formulario oficial en la inscripción de nacimiento, reconocimiento, expediente registral o sentencia firme).

En el Derecho de Cataluña, se atribuye valor de título de determinación de filiación al consentimiento, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia en su art.235-13 establece que:

” Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público”.

Por tanto, para el Derecho de Cataluña, prestado el consentimiento ante un centro médico esto permitiría la inscripción del hijo como propio sin necesidad de reconocimiento.

3.6.5. Inseminación artificial de la mujer carente de pareja. Maternidad en solitario.

El art.6.1 de la ley 14/2006 contempla la posibilidad de que la mujer sea usuaria de las TRHA con independencia de su estado civil u orientación sexual.

Ley 14/2006 Artículo 6 Usuarios de las técnicas

1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.

En esta norma se pone de manifiesto como el derecho del niño a tener un padre y una madre se ve postergado por el derecho del adulto a ser padre.

El Dr. Nanclares Valle explica la posición de la ley española respecto del interés del menor:

” En conclusión, o la ley no ha tenido en absoluto en cuenta el interés del menor, o lo ha tenido en cuenta, pero desde una perspectiva neutral de la familia, que juzga por igual a todos los modelos familiares” (Nanclares Valle, 2007, p. 14).

Queda excluido por la ley de la posibilidad de recurso a las TRHA el varón carente de pareja, ya que el único modo en que esto sería posible sería a través de una maternidad por sustitución, figura prohibida por la ley 14/2006 en su art.10.

3.6.6. Inseminación artificial en caso de pareja de mujeres.

A partir de la modificación del art. 7 apartado 3, queda abierta esta posibilidad a través de lo que parece ser un nuevo título de atribución de la filiación. Así, establece dicho precepto que cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o, de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

En el caso del Código Argentino, es posible que una pareja de mujeres recurra a las TRHA y por ello el art. 566 habla del consentimiento de “él o la cónyuge”, dada la existencia del matrimonio del mismo sexo (*Ley 26.618 y Decreto 1054/10 de Ley de Matrimonio Igualitario*).

3.6.7. Inseminación artificial heteróloga por error.

El Dr. Nanclares Valle (2015) plantea la posibilidad de que ocurra una inseminación heteróloga por error y analiza las consecuencias jurídicas, a propósito de un caso del año 2013 ocurrido en Italia. Se trataba de dos parejas que recurren al uso de TRHA homólogas y que, como consecuencia del parecido de los apellidos, ven intercambiado el material genético de una y otra a la hora de emplear la técnica, de modo que los embriones de una mujer son implantados en la otra y viceversa. En un caso el embarazo llegó a término, naciendo unos gemelos (cuyos padres biológicos eran la otra pareja); en el caso de la segunda pareja, la mujer, sufrió un aborto espontáneo, perdiendo a su hijo. El caso es llevado a la justicia por los padres biológicos a fin de recuperar a los gemelos dados a luz por la otra mujer, para lo cual se planteó en la demanda la inconstitucionalidad del artículo en ley italiana que considera que es madre la que pare.

El citado autor, analizando el supuesto para la ley española, donde rige el principio de que madre es la que da a luz, opina que no tratándose de una procreación querida como heteróloga, la aplicación sin más de la regla según la cual la maternidad se determina por el parto resulta cuestionable (Nanclares Valle 2015, p.1). Considera, que el argumento para tratar estos casos sería el *favor filii*, debiendo tomar preponderancia tanto la voluntad expresada en el consentimiento al acto médico como el hecho biológico, además del hecho de que la paternidad biológica corresponde al marido de la no gestante, quien podría accionar para la determinación de su paternidad por aplicación del art.10.3 de Ley 14/2006 (Nanclares Valle, 2015) o directamente de las reglas codiciales en materia de impugnación y reclamación de la filiación.

Se ha producido otro caso similar al relatado, de inseminación heteróloga por error, Sentencia N° 226/2016 DE AP Las Palmas, Sección 5ª, 16 de mayo 2016, donde una mujer reclama al centro médico por el error que dice se ha producido durante la TRHA que finalizó con un embarazo de gemelos los que no tenían relación genética con el marido de la actora quien había consentido la TRHA y aportado el material para la misma.

El Tribunal establece que existió una actuación negligente por parte del centro médico en el control de identificación y trazabilidad del material reproductivo del marido el cual fue confundido con el de un tercero a consecuencia del cual se ha producido un daño tanto para la madre como para sus gemelos, condenando a su resarcimiento.

3.7. Derecho a la identidad en la legislación española.

En este punto, corresponde analizar el derecho a la determinación de la filiación como parte del derecho a la identidad del hijo.

Pasaré a analizar el derecho a la identidad respecto de la filiación surgida por naturaleza, por adopción y por técnicas de reproducción humana asistida en la legislación española.

3.7.1 Filiación natural y derecho a la identidad.

El Código español regula lo relativo a las acciones de filiación en el Capítulo III, en los arts. 131 a 141. Por su parte, la Constitución española en su art.39.2 garantiza la posibilidad de la investigación de la paternidad.

Como lo que se intenta proteger es el interés del hijo y su derecho a la identidad, se puede observar que prácticamente el hijo no tiene límites de plazos temporales para reclamar o impugnar su filiación.

La amplitud de plazos establecidos por la ley y la legitimación siempre reconocida al hijo permite a éste reclamar la filiación ya sea cuando concurre posesión de estado (art.131CC); a falta de posesión de estado cuando se trate de filiación matrimonial (art. 132 CC, que no somete dicha acción a plazo alguno de caducidad) o incluso de filiación no matrimonial (art.133 CC que permite reclamar al hijo durante toda su vida).

Por su parte la preservación de la identidad permite al hijo impugnar con un régimen distinto según tenga o no posesión de estado.

Para el caso de inexistencia de posesión de estado (art.137 4º) la acción de impugnación es imprescriptible y transmisible a los herederos del hijo.

En el caso de existir posesión de estado (de conformidad a la reforma de la Ley 26/2015 al art.137 CC) el régimen es el siguiente:

1)La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. En el caso que fuere menor o tuviese su capacidad modificada judicialmente, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o recobre la capacidad suficiente a tales efectos.

2)El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o tuviese la capacidad modificada judicialmente, corresponderá, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación a la madre que ostente la patria potestad, a su representante legal o al Ministerio Fiscal.

3) Si el hijo pese a haber transcurrido más de un año desde la inscripción en el registro, desde su mayoría de edad o desde la recuperación de su capacidad a tales efectos, desconociera la falta de paternidad biológica de quien aparece inscripto como su progenitor, el computo del plazo de un año comenzará a contar a partir que tuviera conocimiento.

4)Finalmente, cuando el hijo falleciere antes de transcurrir los plazos establecidos en los párrafos anteriores, su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos.

Por su parte el hijo también es titular de la acción mixta de reclamación e impugnación de la filiación (art.131 CC)

3.7.2. Filiación adoptiva y derecho a la identidad.

El artículo 180. 6 CC español ha quedado redactado, luego de sus reformas en 2007 y 2015, estableciendo que alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representados por sus padres, los hijos adoptados tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos.

Vemos que su ejercicio es pleno, al incluir la revelación de los datos del origen biológico del adoptado y el correspondiente acompañamiento en este proceso por la Entidad Pública (Guilarte Martin Calero, 2016, p.11).

Una importante novedad es la añadida por la reforma del 2015 al art 178 del CC, cuyo fin es asegurar al hijo la preservación de su identidad biológica.

Se establecen casos especiales en los que por excepción se podrá mantener con algún miembro de la familia biológica del adoptado alguna forma de relación o contacto a través de visitas o de comunicaciones.

En la declaración de idoneidad de la adopción, deberá hacerse constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que mantuviera alguna relación con la familia de origen.

Para su otorgamiento, el Juez debe acordarlo en la resolución de adopción y debe contar con el acuerdo de la familia adoptiva y del adoptado si fuera mayor de 12 años. El Juez podrá acordar también su modificación o finalización en atención al interés superior del menor, estando legitimados para solicitar la suspensión o supresión de dichas visitas o comunicaciones la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor si fuera mayor de 12 años.

3.7.3. Filiación por técnicas de reproducción humana asistida y derecho a la identidad.

La filiación derivada de la TRHA se equipara en la ley española a la filiación por naturaleza en cuanto a sus efectos, pero excluye la reclamación e impugnación de una verdad jurídica que nunca se pretendió coincidente con una verdad biológica (Guilarte Martín Calero, 2016, pág.11/13).

Establece el art 7 ley 14/2006 de TRHA

Artículo 7 Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida

1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.
2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.
3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o, de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

En cuanto a la determinación legal de la filiación, se tomará en cuenta el consentimiento otorgado tanto por la mujer progenitora como por el marido. Así establece el art. 8 ley 14/2006 que ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.

Con respecto a la revelación de la identidad del donante, el art.8.3. establece que la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación, lo que necesariamente proyecta sus efectos en materia matrimonial, distanciándose así de lo previsto por el art. 178.3 para la filiación adoptiva.

Respecto a este punto, Nanclares Valle (2007, p.26) plantea como ejemplo el siguiente caso que podría darse:

” Piénsese en una mujer de 25 años a la que se le descubre una grave enfermedad y que se acoge a tal precepto para conocer la identidad del donante, descubriendo que éste no es otro que su hasta ahora suegro. La diferencia citada radica en que dicho descubrimiento podrá generar, en su caso, problemas morales, pero no jurídico-civiles. El matrimonio entre una hija nacida de una fecundación heteróloga y su hermano biológico no vulnera el art. 47.2 CC y por tanto no incurre en causa de nulidad. La razón es bien sencilla: jurídicamente, los cónyuges son dos personas por completo ajenas entre sí. Al disponer el art. 8.3 de la Ley que “la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al art. 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación se está queriendo decir que entre ese padre y ese hijo no puede haber vínculo jurídico alguno. Al no haberlo, no puede haber parentesco por consanguinidad entre los cónyuges de nuestro ejemplo por el simple hecho de que, pese a la realidad biológica desvelada, no son parientes” ... (Nanclares Valle, 2007, p.26).

Por su parte, se establece que la donación es anónima y gratuita (art.5.5 *Ley 14/2006*) y sólo excepcionalmente para evitar peligro de vida se puede levantar el secreto en forma restringida y sin publicidad.

El Dr. Nanclares Valle (2007) plantea otra posibilidad que podría darse en la ley española, respecto del papel del Registro Civil en lo que atañe a la identidad del donante.

...” La identidad del donante (o de los donantes, en el caso de preembriones), de los donatarios y de los hijos resultado de dichas donaciones se hará constar en el Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana, registro de carácter administrativo asignado al Ministerio de Sanidad y Consumo (art.21.1). En cambio, tal información no tendrá en absoluto acceso al Registro Civil que, pese a ser el Registro de inscripción personal por excelencia, se ve totalmente marginado por el art. 7.2 de la ley 14/2006 en lo relativo a la constancia de la aplicación de estas nuevas técnicas y de sus consecuencias. De esta manera, es perfectamente posible que dos hermanos biológicos de vínculo doble o sencillo o que un donante anónimo y su hija biológica y desconocida pretendan contraer matrimonio y lo logren, al no derivarse del Registro civil obstáculo alguno...” (Nanclares Valle, 2007, p.26).

Con relación al ejercicio del derecho a la identidad por el hijo nacido por Técnicas de Reproducción Humana Asistida, se encuentra limitado por lo que establece el art 5.5 de *Ley 14/2006*.

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable

para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

Como se puede apreciar, a diferencia lo que sucede en la adopción, el hijo nacido de TRHA debe justificar su solicitud.

3.8. Conclusiones:

De lo dicho en este capítulo, se puede concluir que, tanto en la legislación española como en la argentina, los hijos nacidos por técnicas de reproducción humana asistida ven limitado el ejercicio de su derecho a la identidad, a diferencia de lo que ocurre con los hijos de filiación natural y adoptiva, siendo el motivo de dicha limitación el mantenimiento de la regla del anonimato del donante.

CAPÍTULO 4 GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y DERECHOS DEL HIJO

4. Gestación por sustitución.

4.1. Concepto de gestación por sustitución.

Se trata de una figura polémica y cuya aplicación genera múltiples conflictos en materia de filiación.

Consiste en la contratación de una mujer que se compromete a gestar un bebé con la obligación de entregarlo a los solicitantes cuando nazca para que estos últimos lo críen, renunciando la gestante a sus deberes y derechos parentales.

El acuerdo incluye, generalmente, una compensación económica para la gestante, aunque existe una minoría que adopta la modalidad de un contrato gratuito y por cuestiones altruistas.

Apunta Lamm que se alude a esta figura en el derecho con diferentes términos: maternidad subrogada, vientre de alquiler, madres suplentes, madres portadoras y madres gestantes. Sostiene la autora citada que la expresión subrogación (poner una persona o cosa en lugar de otra) es jurídicamente incorrecta y se da solo en los casos que la gestante aporta el material genético y gesta al niño, pero no se da en los otros casos, por lo que se ha utilizado el término maternidad por sustitución para especificar que se gesta para otro y por otro que no puede hacerlo. Además, la gestante no es madre, por lo que la palabra maternidad no es la adecuada ya que considera que la maternidad no se subroga, sino que lo que se subroga es la gestación, por lo que considera que el término correcto sería gestación por sustitución (Lam, 2013, p. 14).

En este sentido, cabría resaltar respecto de esta afirmación que la gestante en el caso de la legislación argentina es madre según el art.562 del Código Civil y Comercial que establece que los nacidos por técnicas de reproducción asistida son hijos de quien dio a luz. En España *la Ley 14/2006* en su art.10 prohíbe esta figura, pero establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

Por su parte, Vela Sánchez (2013) da un paso más al considerar que el mejor término para nombrar la figura sería gestación por encargo por considerar que no solo las mujeres optan por este instrumento contractual para ser madres sino también pueden hacerlo los hombres solos o en pareja homosexual.

La doctrina distingue dos modalidades de gestación por sustitución:

- ✓ Gestación por sustitución tradicional: en ella la gestante aporta no solo la gestación sino también los gametos.
- ✓ Gestación por sustitución gestacional: en ella la gestante aporta solo la gestación, pero no los óvulos, que serán aportados por la comitente o por una donante (Lamm ,2013).

A su vez, pueden darse múltiples variantes de gestación por sustitución, a saber:

- a) Ambos comitentes aportan sus gametos o material genético en su totalidad: pareja heterosexual
- b) Solo un comitente o el único comitente aporta su material genético: pareja homosexual (de hombres) o heterosexual que recurre a donante de óvulos con semen del comitente, mujer sola o pareja homosexual de (dos mujeres) que recurre a donante de semen con el que se fecunda el óvulo de la comitente.
- c) La pareja comitente o el comitente no aporta material genético de ninguno de los dos: mujer u hombre solo, pareja heterosexual u homosexual que recurre a donación de semen y óvulo.

4.2. Conflictos éticos jurídicos que plantea. Posiciones a favor y en contra.

La figura nos enfrenta a varios interrogantes ético-jurídicos.

En relación con la tesis de trabajo planteada, surge la problemática del derecho del hijo a la identidad, es decir, si este niño tendrá derecho a saber primero y conocer luego quien ha sido su madre gestante o aquella que aportó los gametos (en el caso de no ser la misma mujer) o si por el contrario debe protegerse el derecho al anonimato. La respuesta a este interrogante nos sumerge nuevamente en el tema del derecho a la identidad del menor y sus límites.

Una segunda perspectiva del problema es a quién considerará madre el derecho: a aquella que dió a luz, a la que aportó sus gametos o a aquella que quiere ser madre, es decir, que posee y expresa su voluntad procreacional. Abordaremos el problema en punto 4.3 al tratar las distintas teorías de determinación de la maternidad.

Una tercera perspectiva es si existe un derecho a ser padre y si de existir este, conoce algún límite. Desde este ángulo es muy atinada la posición de Basset (2016), quien sostiene que con la gestación por sustitución se opta por mirar la realidad desde los ojos del adulto (y su deseo de ser padre o madre) y no desde los ojos del niño (y sus derechos). Por otro lado, es posible preguntarse también si el derecho de ser padres autoriza, aun mediando una retribución económica, la utilización de otra persona para tal fin. El objetivo de este capítulo es dar respuesta a estas cuestiones.

Con relación a la aceptación o no de la figura, parte de la doctrina se opone a ella considerando que se trata de contratos inmorales y nulos por estar la persona fuera del comercio. Aceptándola se estaría atentando contra la dignidad de la persona. Sambrizzi, (2012 a, pp. 313-314) resume con claridad varias razones para su no aceptación:

“La mayor parte de la doctrina de nuestro país se halla conteste en que un convenio de esta naturaleza atenta contra la dignidad de la persona, por considerarla inmoral... y ninguna duda existe sobre que las personas están fuera del comercio, no pudiendo las mismas ser objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se opone su dignidad y el respeto al ser humano.... La capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima... pretender contratar un útero durante nueve meses de gestación, atenta contra los principios de orden público, además de oponerse a la moral”

Medina (1997, p.1) afirma que los conflictos que genera este tipo de convenciones pueden ser divididos en: a) Éticos: por la disociación de la maternidad y la contratación sobre el cuerpo humano aun cuando esta sea gratuita, b) Biológicos: por la dificultad de evitar que la madre gestante tenga relaciones sexuales al tiempo de la concepción, lo que provocaría la indeterminación de la paternidad, c) Jurídicos: por la indeterminación de la maternidad.

Por su parte, Basset (2016) considera que en la gestación por sustitución en virtud de un deseo de ser padre se arriesga al hijo a una existencia dificultosa y confusa en materia de parentesco y difícil e insegura en materia jurídica con tal de materializar dicho anhelo. El hijo se convierte así en objeto de consentimiento del contrato.

Otros autores argumentan que el contrato de gestación por sustitución es nulo porque se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano haciendo objeto de comercio una función de la mujer tan elevada como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico (De Verda y Beamonte 2010).

Se destaca como otro aspecto negativo de la figura la mercantilización y cosificación de la mujer con el fin de concretar el deseo de ser padres, lo que implica

“Una concepción del derecho de carácter absoluto, el humano deseo de ser padres, incluso recurriendo a la gestación por sustitución como la cosa aparentemente más normal del mundo o como si se tratara de la dispensación de un medicamento en una farmacia, por sofisticado que este fuere” (Aspiroz Villar 2017, pág. 13).

Esta cosificación de la mujer implica que se convierte a la gestante en una incubadora sin tomar en cuenta la relación que entabla inevitablemente con el niño que gesta. El apego que se desarrolla durante el embarazo entre la gestante y el bebé no puede ser ignorado, pues se trata de vínculos físicos, biológicos y emocionales complejos. La interacción que existe entre la madre y el hijo genera cambios relevantes en el funcionamiento cerebral por parte de la madre. Se establece una comunicación recíproca donde el feto percibe las sensaciones de la

madre y cuando esta sufre por ejemplo depresión, angustia o ansiedad, el feto responde acelerando sus signos vitales (Basset, 2016).

La utilización de la figura podría conducir a la utilización de la necesidad de las mujeres pobres que gestan para aquellos que pueden pagar, por lo que sería una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino (Bertolini Esparza Marcelo, Pérez Hernández Cándido & Rodríguez Alcocer Adrián, 2014).

Se advierte también que la práctica vulnera derechos subjetivos de la mujer portadora atentando contra su integridad física, moral y psicológica. Esto podría dar lugar a que la mujer que ha accedido al contrato de gestación por sustitución y a la que se le ha diagnosticado un daño en la salud busque en la justicia el resarcimiento integral del daño sufrido (Taraborelli, 2017, p.12).

Por el contrario, los argumentos a favor de la figura se asientan en el derecho a procrear, así como sobre la base del derecho de la gestante de servirse libremente de su cuerpo. Se sostiene, además, que el Estado no debe hacer cumplir determinados valores a quienes no los comparten. Consideran quienes están a favor de la figura, que el argumento de la explotación de la mujer es un argumento paternalista y que subestima la capacidad de la mujer para consentir.

Se recurre asimismo a los argumentos de igualdad y no discriminación para argumentar en favor de la regulación de esta figura, que es la única que permite a una pareja de hombres tener hijos genéticamente propios (Lamm, 2012).

Un gran defensor de la figura en el derecho español es Vela Sánchez, quien aboga por una ley que recepte la figura en España, agrega un argumento económico por considerar que su práctica aumentaría los índices de natalidad al tiempo que reduciría costes para los ciudadanos que tienen que trasladarse a otros países donde está permitida. Además, sostiene el autor que al estar permitida en España generaría un movimiento económico proveniente de ciudadanos de otros países en busca de la posibilidad de realizar la práctica. Defiende el autor la idea de una gestación por encargo en la cual la gestante reciba una contraprestación o indemnización, lo que favorecería, en su opinión, la existencia de personas interesadas en ser gestantes (Vela Sánchez, 2013).

Otros autores en la doctrina española entienden que se trata de un fenómeno familiar en expansión con importantes consecuencias jurídicas que no debe ser afrontado por el jurista desde una posición meramente excluyente o prohibicionista recalando la necesidad de su regulación (Flores Rodríguez 2014b, pág. 6)

De Torres Perea (2014) introduce en el debate el tema de las motivaciones económicas que sirven de base para la formalización del acuerdo de gestación por sustitución. En opinión del autor parece hipócrita tratar a la madre que da al niño en adopción por razones económicas de forma distinta a la que llega a un acuerdo de gestación por razones económicas y considera que ya que se admite el primer supuesto no ve razón para no admitir el segundo.

Respecto al argumento sostenido por el autor antes citado, considero que se trata de dos situaciones distintas pues en procesos como la adopción el objetivo central es la restitución de lo que el menor ha perdido (los vínculos físicos, bioquímicos, emocionales, que pudieron haberse generado con un padre y una madre biológicos), mientras que la gestación por subrogación está centrada en la voluntad de los solicitantes, quienes buscan desde un inicio “desvincular” al bebé y a la gestante, es decir, suprimir el vínculo que se da de facto (Bertolini Esparza Marcelo, Pérez Hernández Cándido & Rodríguez Alcocer Adrián, 2014).

De Torres Perea agrega en su argumentación que por ejemplo una mujer que vive en la India y que concierta un contrato de gestación por sustitución por encontrarse en una situación de extrema necesidad debería recibir diferente trato por parte del derecho que de una universitaria californiana que consiente este tipo de acuerdo, a fin de obtener ganancias extraordinarias y no por necesidad (De Torres Perea, 2014, p.6).

Considero que la figura de la gestación por sustitución atenta contra el interés del menor y contra la dignidad de la mujer.

No siendo un dato de importancia para la valoración de la figura la motivación que ha llevado a la madre gestante a formalizar el contrato de gestación por sustitución, motivación que por otro lado pertenece al ámbito de la intimidad de cada persona. En ambos casos la dignidad de la mujer es la misma y es esta la que el derecho intenta proteger.

Mas aun, de qué modo el derecho daría un trato jurídico distinto a ambas situaciones, no parece lógico permitir la figura en el caso de que la madre gestante se encuentre en una situación de extrema necesidad y prohibirla en el caso que el motivo que mueve a la madre gestante sea percibir ganancias extraordinarias.

A fin de defender la figura también se acude al tema de la igualdad de la mujer. En este sentido, el Juez Richard Parslow, en la *Sentencia Johnson vs Calvert* (20/5/1993, No. S023721) considera que es posible que la mujer pueda consentir a la gestación y posterior entrega del bebé y que interpretar lo contrario sería negar la igualdad de la mujer.

Sin embargo, es justamente el tema de la desigualdad el que mayor alarma levanta respecto de la figura ya que como se ha mencionado podría dar lugar a que mujeres con más recursos

utilizaran la necesidad de mujeres más pobres a fin de tener un hijo como ocurre en muchos de los países donde se desarrolla el turismo reproductivo (India, Ucrania etc.).

Finalmente, afirmando la postura contraria a la figura, el 17 de diciembre de 2015 el Parlamento Europeo, previa resolución del 30/11/15 en que declaró el contrato de sustitución de maternidad atentatorio contra la dignidad humana, aprobó su Informe Anual sobre Derechos Humanos y la Democracia en el Mundo, donde bajo la rúbrica «derechos de las mujeres y de las niñas» establece, en su punto 114, que

“condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima» y “estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”.

4.3. Distintas teorías de atribución de la maternidad.

Ante la separación que acontece entre maternidad biológica, gestación y voluntad procreacional, que pueden no coexistir en la misma persona, el derecho tiene que fijar un mecanismo a fin de saber quién será considerada madre.

En busca de una respuesta a esta pregunta, el derecho elaboró una serie de teorías de atribución de la maternidad, las que se exponen a continuación.

4.3.1. Test genético.

Esta teoría da importancia para la determinación de la maternidad al dato genético, de modo que quien aportó el material genético será quien sea considerada como madre.

Quienes están a favor de esta teoría sostienen que se podría impugnar la maternidad sobre la base de la realidad genética, en el caso que la madre gestante hubiera gestado el niño con la carga genética de la madre biológica.

Pero el problema se complica cuando tenemos tres madres: la que da a luz -es decir, la que gesta-, la que aporta el óvulo -es decir, su carga genética- y la que expresa su voluntad procreacional (Lamm 2012, p.244).

4.3.2. Test gestacional.

Es la solución que adopta el nuevo Código Civil y Comercial argentino, que establece que madre es la que da a luz, art. 562 CCC:

“los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dió a luz y del hombre y de la mujer que también prestaron su consentimiento previo, informado y libre “

Del mismo modo, la *Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, al regular la gestación por sustitución, si bien considera el contrato nulo de pleno derecho, afirma que la filiación de los hijos nacidos de este modo será determinada por el parto (art. 10 Ley 14/2006).

Esta teoría estima que no se puede dejar de observar que la mujer gestante no es una incubadora; por el contrario, la madre gestante o portadora es un factor activo que altera la identidad del por nacer a través de toda la gestación. No se puede negar el estrecho vínculo psicológico que se genera entre la gestante y el niño que está gestando. Así, se habla de cierta progenitorialidad de la gestante, quien puede transmitir enfermedades que ella desconoce tener, habiendo como hay un intercambio celular entre la sangre materna y la fetal. Para la madre gestante hay una alteración orgánica, psicológica y espiritual derivada del vínculo que se engendra con el niño en gestación (Basset 2016).

El problema de esta teoría es que en la gestación por sustitución puede ocurrir que la madre gestante no sea quien quiere ser madre, quien tiene la voluntad procreacional, sino solo quien presta su útero, pero carece del deseo de ser madre de ese hijo que gesta.

4.3.3. Test de la intención. Caso Johnson vs. Calvert. (Sentencia 20/5/1993)

Esta doctrina basada en la determinación de la maternidad tomando en cuenta quien es el que desea o tiene la intención de ser padre es desarrollada en el caso *Johnson vs Calvert* (20/5/1993, No. S023721). Reviste importancia porque, si bien el Código Civil y Comercial argentino (al igual que el español) mantiene el principio de madre es la que pare (art. 562CCC), al mismo tiempo edifica todo el sistema de filiación derivada de TRHA tomando como columna vertebral esta voluntad procreacional.

4.3. 3.a. Hechos del caso.

Mark y Crispina Calvert son un matrimonio que desean tener un hijo. Crispina fue sometida en 1984 a una histerectomía, pero sus ovarios conservaron la función de producir óvulos. En 1989 Anna Johnson se ofrece a ser de madre subrogante. El 15 de enero de 1990 Mark, Crispina y Anna firman un contrato en que establecen que el embrión creado con espermatozoides de Mark y un óvulo de Crispina sería implantado en Anna quien estuvo de acuerdo y renunció a cualquier derecho parental sobre el niño. Por su parte, Mark y Crispina acuerdan dar a Anna

una suma determinada y un seguro de vida. El 19 de enero de 1990, Anna confirma que está embarazada. Durante el embarazo, las relaciones entre las partes se deterioran de modo tal que Mark y Crispina inician una demanda a fin de que el niño aún no nacido sea declarado hijo suyo; por su parte Anna hace lo propio a fin de ser declarada su madre.

El niño nace el 19 de septiembre de 1990 y los análisis de sangre practicados sobre él excluyen a Anna como madre genética.

El Juez de Primera Instancia resolvió que el niño permanecería bajo la custodia de Mark y Crispina, quienes son “sus padres genéticos, biológicos y naturales”. En octubre de 1990 la Corte decide que Mark y Crispina son los padres genéticamente, biológicamente y naturalmente. Se reconoció el acuerdo celebrado como válido. Tal decisión fue apelada por Anna y la Cámara de Apelaciones para el Cuarto Distrito, Tercera División confirmó la sentencia, llegando el caso entonces a la Corte Suprema.

4.3.3.b. Contenido de la sentencia.

La Corte Suprema analiza la maternidad en base a la *Uniform Parentage*, para la cual tanto la relación genética, como el haber dado a luz son modos de establecer la filiación.

La Corte considera que cuando la relación genética y quien dio a luz no coinciden en una misma persona, debe estarse a la intención manifestada por las partes, en el sentido de querer traer ese hijo al mundo, de criarlo y educarlo como hijo propio.

Así, en opinión de la Corte el hijo no existiría sino fuera por esta intención de ser padres, son ellos la causa primera de esta filiación.

Se valora entonces el interés del niño y se analiza el test de la intención, que responde a la pregunta ¿para qué? Considera que es importante valorar las intenciones de las partes, que no eran donar un embrión a Anna, sino posibilitar el nacimiento de un hijo de Mark y Crispina.

Al examinar cómo se determina la maternidad, la Corte considera que,

“Although the gestative function Anna performed was necessary to bring about the child's birth, it is safe to say that Anna would not have been given the opportunity to gestate or deliver the child had she, prior to implantation of the zygote, manifested her own intent to be the child's mother. No reason appears why Anna's later change of heart should vitiate the determination that Crispina is the child's natural mother”.

En base a esta consideración, la mayoría del Tribunal apoya la intención de la madre genética de traer un hijo al mundo y criarlo como suyo, otorgando entonces la custodia a los padres genéticos. Sin embargo, no es el elemento genético el que da fundamento a la sentencia sino la intención de Crispina de ser madre y el hecho que donó su óvulo a Anna con

ese propósito, creándose una regla en la cual el elemento a valorar a fin de la determinación de la maternidad es la intención de traer un hijo al mundo.

” In what we must hope will be the extremely rare situation in [5 Cal.4th 95] which neither the gestator nor the woman who provided the ovum for fertilization is willing to assume custody of the child after birth, a rule recognizing the intending parents as the child's legal, natural parents should best promote certainty and stability for the child.”

Para la Corte, existió un contrato entre las partes entendiendo que el mismo era válido y no era contrario al orden público, considerando que el pago que se realizó a Anna no fue con el objeto de que renunciara a sus derechos parentales sino más bien para compensarla por sus esfuerzos y los gastos.

4.3.3.c. Valoración de la sentencia.

La sentencia consagra la intención como un modo de determinación de la filiación por ser esta la causa de la existencia de ese hijo.

A fin de determinar la maternidad, se evalúa quien tuvo la idea: ese concepto mental de concebir un hijo, lo que parecería acercarnos el derecho de propiedad intelectual.

Esta idea del hijo como creación, como una idea, conduce al peligro de considerar y tratar al hijo como una propiedad intelectual.

Si bien la sentencia no puede aplicar otra ley porque no hay legislación sobre la maternidad subrogada al momento de dictarse, fija ciertos parámetros para la consideración de la misma.

En principio, admite la validez del contrato y entiende que no es contrario al orden público, lo cual implica que, en el caso de la gestación por sustitución, la generación de la vida se basará en la intención de las partes y en la existencia de un contrato en el cual el hijo pasará a ser su objeto y se habrá establecido una contraprestación a favor de la madre gestante.

Esta idea de contrato genera, como se ha marcado, una cosificación de la mujer al tiempo que infravalora el rol de la madre gestante cuyo compromiso no es sólo físico sino también psíquico y emocional.

Por otro lado, la aplicación automática del test de la intención por sí solo no siempre asegura que garantice el interés del menor.

4.4. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con referencia a la gestación por sustitución.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tratado este tema en diversas oportunidades, entre las que podemos mencionar: *Menesson vs. Francia* (24 de junio de 2014), *Labasse vs. Francia* (26 de junio de 2014), *Foulon y Bouvet vs. Francia* (21 de julio de 2014), *Laboire vs. Francia* (19 de enero de 2017), *Paradiso y Campanelli vs. Italia* (24 de enero del 2017-Gran Sala que revoca la STDH del 27 de enero del 2015).

De entre las sentencias citadas he elegido para comentar las sentencias *Menesson vs. Francia*; *Labasse vs. Francia*, y *Paradiso Campanelli vs. Italia*.

Las dos primeras, porque en ambas el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que, si bien Francia no violó el art.8 de la Convención respecto de los padres, en cambio sí se había violado el derecho a la vida privada de los menores involucrados. Por otro lado, en ambas sentencias se discute la negativa de Francia a registrar una partida de nacimiento expedida en el extranjero considerando el Tribunal que la negativa de Francia constituía una violación al derecho a la identidad especialmente dada la relación biológica del niño con uno de sus padres.

En la tercera sentencia elegida, *Paradiso Campanelli vs. Italia*, situación en la que no hay nexo biológico entre el niño con alguno de sus padres, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió, por el contrario, que Italia no había violado el art.8 CEDH con la medida tomada por el gobierno italiano de apartar al niño de quienes se consideraban sus padres.

4.4.1. Puntos en común de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Menesson vs. Francia* (24/6/2014) y *Labasse vs. Francia*. (26/6/2014).

En ambos casos se dan los mismos presupuestos de hecho y argumentos de la Corte en su sentencia:

- ✓ Se trata de parejas heterosexuales que recurren a la gestación por sustitución en EE. UU.
- ✓ Sucede que al momento de querer inscribir a sus hijos para regresar a Francia les es negada la inscripción alegando motivos de orden público por estar prohibida la figura en Francia.
- ✓ Francia considera nulo el contrato de gestación por sustitución suscrito por los comitentes.
- ✓ Los matrimonios Menesson y Labasse alegan violación de los arts. 8 y 14 de CEDH.

- ✓ La Corte considera como elementos importantes en su sentencia la posesión de estado; que uno de los padres es padre biológico de los niños; el interés superior del niño y el derecho a la identidad.
- ✓ La Corte decide no sancionar a Francia por no reconocer efectos a la maternidad subrogada, entendiendo que corresponde a cada país legislar sobre ella, sobre todo por falta de uniformidad de criterios en los países. Sin embargo, entiende que sí procede la sanción por verse afectados los derechos de identidad y el derecho a la vida familiar de los menores.

Siendo similares los casos mencionados, se comentará el caso Mennesson, así como cuál es el valor de la sentencia en lo que hace a la gestación por sustitución.

4.4.2. Caso Mennesson. Sentencia 24/6/2014

4.4.2. a Hechos del caso.

El matrimonio Mennesson después de varios intentos fallidos de tener un hijo mediante TRHA decide realizar dichas técnicas usando los gametos del Sr. Mennesson y los óvulos de donante, para lo cual firmaron un contrato de gestación por sustitución con otra mujer a quien se le implantaron los embriones así obtenidos.

El matrimonio Mennesson manifestó que la mujer gestante no había recibido suma alguna, siendo meramente un acto altruista. El 1 de marzo del 2000 se diagnostica el embarazo de la mujer subrogante y el 14 de julio la Corte de California resuelve un pedido de los Mennesson en virtud del cual cualquier niño que naciera de la madre subrogante sería considerado hijo de los Mennesson, lo cual quedaría reflejado en el certificado de nacimiento. El 25 de octubre del 2000 nacen los gemelos y sus certificados de nacimientos son confeccionados del modo ordenado por la Corte.

En noviembre, cuando el matrimonio Mennesson concurre al consulado francés en Los Ángeles a fin de registrar los nacimientos, el consulado se niega a inscribirlos como hijos suyos. Luego de varios intentos fallidos se niega la inscripción alegando motivos de orden público, dado que la maternidad por sustitución es ilegal en Francia.

4.4.2. b. Contenido de la sentencia.

Ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos los demandantes alegaron que habían sido violados el art 8 y el art 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos en el asunto (los argumentos se reproducen en Labasse), ante lo cual el Tribunal dispuso lo siguiente:

1) La Corte entendió que la postura frente a la maternidad por sustitución no era uniforme y reconoció que despierta cuestionamientos éticos; asimismo respetó la decisión de los países, en este caso Francia, de prohibirla.

2) Constató que los padres se ocupaban y vivían con sus hijas de una manera que no se distinguía de la vida familiar, por lo que consideró había posesión de estado.

3) Recordó que el derecho a la nacionalidad es parte integral del concepto de identidad.

4) El tribunal tomó nota de la negativa de Francia al reconocimiento de estas filiaciones derivada de la voluntad de desalentar a sus nacionales que buscan fuera del país un método de reproducción allí prohibido con el fin, según su visión, de proteger a los niños y a la madre gestante.

Pero, para el Tribunal, la negativa al reconocimiento de la filiación obtenida por gestación por sustitución vulneró el derecho a la vida privada de los menores.

Se parte de la filiación como uno de los elementos que integran la identidad y desde esta perspectiva consideró como un aspecto relevante el tratamiento que se dió al vínculo jurídico. Y aquí se puso en evidencia el conflicto, ya que los mismos menores eran considerados hijos de padres internacionales por el derecho californiano, pero veían negado este estatus en Francia. De este hecho, entendió el Tribunal, se derivó una infracción al derecho a la identidad, porque uno de los padres era además el padre biológico, lo que acentuó la vulneración del derecho a la identidad al rechazarse también el reconocimiento del vínculo jurídico de la filiación.

5) Respecto del interés del menor el Tribunal consideró inaceptable colocar a los menores en una situación de incertidumbre jurídica donde se socavaba su identidad en la sociedad y resultaban perjudicados en sus derechos en materia de ayudas familiares, educación o cuestiones sucesorias.

6) En opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no ha habido violación del art 8 de la citada Convención con respecto al matrimonio Mennesson, pero sí respecto de sus hijos.

4.4.2. c. Valoración de la sentencia.

El primer punto por resaltar es que la sentencia no se expidió sobre la gestación por sustitución, reconociendo que no existe un consenso en Europa respecto de ella.

Por tanto, la Corte respeta que cada estado legisle respecto de ella: ignorándola, prohibiéndola o permitiéndola.

En este caso específico donde Francia prohíbe la figura, entendió el Tribunal que esta prohibición entra dentro del margen de apreciación que tiene cada estado por lo que no lo consideró violatorio del art.8 del Convenio, por lo que la sentencia no es un reconocimiento a la maternidad subrogada (Martínez de Aguirre 2017).

Un segundo punto es que la Sentencia reconoció la importancia de la conexión genética de los niños con uno de sus padres y reiteró la importancia del componente biológico como parte de la identidad.

Un tercer punto por considerar es cuales serán efectos de esta práctica, llevada a cabo en países donde sí es permitida por nacionales de países donde está prohibida, la Corte entendió que no se había violado el art.8 ya que a pesar de la molestias y dificultades que ocasionaba la negativa de Francia de proceder a la inscripción, esta situación no había impedido la vida familiar de los matrimonios y sus hijos.

El problema se planteó respecto de la situación de los hijos ante la falta de inscripción lo que generaba una situación de inseguridad jurídica, así como una limitación de su derecho a la identidad, a la nacionalidad y al nombre como parte de este derecho.

En este caso, el Tribunal estimó que se tenía que velar por el interés superior del menor y consideró que se había violado respecto de los menores el art.8 del mencionado Convenio.

4.4.3. Paradiso, Campanelli vs./Italia Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁸

4.4. 3.a. Hechos del caso.

Los demandantes son un matrimonio que, tras varias tentativas frustradas de fecundación *in vitro*, decidieron recurrir a un vientre de alquiler para ser padres. Con este propósito se pusieron en contacto con una clínica con sede en Moscú especializada en técnicas de reproducción asistida. Firmaron un contrato de vientre de alquiler con la empresa Rosjurconsulting. Tras una fecundación *in vitro* realizada el 19 de mayo de 2010, se implantaron dos embriones en el útero de una madre portadora el 19 de junio de 2010. No existía vínculo genético entre ésta y los embriones. El bebé nació el 27 de febrero de 2011. La madre portadora dio su consentimiento escrito para que el bebé fuera registrado como hijo de los demandantes. De este modo el bebé fue inscripto el 10 de marzo de 2011 ante la

¹⁸ Sentencia 27/1/2015 que es revocada por la Gran Sala el 24 /1/2017.

Oficina de Registros en Moscú, indicando el certificado de nacimiento (de acuerdo con la legislación rusa) a los demandantes como sus padres.

El 29 de abril del 2011, la demandante se presenta ante el Consulado Italiano en Moscú con el certificado de nacimiento y éste le otorga los documentos necesarios para viajar de regreso a Italia.

El 2 de mayo del 2011, el Consulado Italiano en Moscú informó a la Corte de Menores de Campobasso que la documentación respecto del menor contenía datos falsos.

El 5 de mayo del 2011, los demandantes (ya en Italia) son acusados de delitos penales relativos a la adopción y alteración del estado civil. El 7 de julio del 2011 se ordenan pruebas de ADN estableciéndose que no había lazo genético entre los demandantes y el niño. El 20 de octubre del 2011 la Corte de Menores de Campobasso ordenó que el niño fuera separado de los demandantes y puesto bajo el cuidado de servicios sociales; todo contacto entre los demandantes y el niño fue prohibido.

En enero del 2013, luego de 15 meses, el niño fue ubicado en una familia con vistas a su adopción.

4.4.3. b. Contenido de la sentencia.

Sólo una breve referencia a la primera sentencia de la Sección Segunda de fecha 27 de enero del 2015, ella había considerado que la separación del menor de sus padres había sido una medida extrema y que esta injerencia en la vida privada y familiar por parte del estado era violatoria del art.8. Agregaron, que los demandantes constituían una relación familiar de facto y no existía un caso de violencia o maltrato físico o psicológico hacia el menor que justificara dicha separación.

Además, la sentencia de la Sección Segunda consideraba violatorio del art.8 el hecho de que el menor hubiera permanecido sin identidad durante casi más de dos años.

En la Sentencia emitida con fecha 24 de enero del 2017, la Gran Sala se plantea si las medidas adoptadas respecto del niño en el sentido de retirarlo del cuidado de los Paradiso Campanelli habían sido razonables, revirtiendo lo decidido por la Sección Segunda.

En el caso Paradiso Campanelli vs. Italia, los demandantes alegaron la existencia de una situación familiar de facto entre ellos y el niño. El gobierno por su parte remarcó que los demandantes solo vivieron con el niño durante 8 meses y resaltó la antijuridicidad de su conducta.

La Gran Sala evalúa la existencia o no de “vida familiar” que define fundamentalmente como la existencia de vínculos fuertes ya sea legales o de facto.

Entiende que el art.8 no garantiza el derecho a formar una familia o adoptar (apartado 141).

La Corte, a pesar de reconocer que los demandantes tenían un proyecto parental y que asumieron su rol de padres del menor, existiendo lazos emocionales entre ellos, considera la inexistencia de una vida familiar de facto dada la ausencia de relación biológica, el poco tiempo compartido de relación, y la incertidumbre de lazos legales (apartado 157).

En relación al art.8, la Gran Sala considera que solo es admitida la injerencia de la autoridad pública en lo que hace la vida privada y familiar (art.8 segundo párrafo), cuando esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Por lo tanto, entiende que la injerencia del Gobierno Italiano en la vida privada y familiar no significó una violación del art.8 ya que tuvo como objetivo proteger los derechos del menor y asegurar el orden. En este sentido la Gran Sala encuentra que es persiguiendo un interés público que el estado italiano prohíbe la maternidad por sustitución y desalienta a sus nacionales a la realización de esa práctica en el exterior. Por lo tanto, encuentra que, sin infravalorar el impacto de la medida de separación, esta no es violatoria del art.8 de la Convención.

4.4.3. c. Valoración de la sentencia.

En principio, la sentencia de la Gran Sala reconoce que el art.8 no garantiza un derecho de ser padres o de formar una familia como tampoco un derecho a adoptar, sino que presupone la existencia de una familia a la cual garantizar. (apartado 141).

La sentencia destaca también la importancia del dato biológico, que está presente en *Mennesson y Labasse*, pero no en este caso.

La Gran Sala admite que el Estado debió hacer una difícil elección entre permitir que los demandados continuaran su relación con el niño y por tanto legalizar una situación que era ilegal y que además había sido creada por ellos, o tomar medidas poniendo al niño en adopción. Y reconoce el margen de valoración de Italia en la toma de esta decisión y por tanto legitima la misma.

Al hacer lo segundo, la Gran Sala está poniendo de manifiesto que el deseo de ser padres no justifica la comisión de conductas contrarias a la ley.

De este modo, amplía el margen de actuación de los estados a fin de sancionar en sus territorios la figura de la maternidad por sustitución en aquellos estados que no la permiten.

4.5. La gestación por sustitución en España.

La gestación por sustitución está prohibida en España por el art. 10 de la Ley 14/2006,

Artículo 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Esto generó que ciudadanos españoles se trasladaran hacia otros países, donde esta figura es admitida a fin de concretar su deseo de tener un hijo, dando lugar a una suerte de “turismo reproductivo”.

El problema se presentó cuando dichos ciudadanos intentaron inscribir sus hijos en el Registro civil del consulado español de aquellos países a los que habían acudido a fin de tener un hijo.

En el año 2008, un caso de este tipo sería el origen de un desacuerdo sustancial entre el Tribunal Supremo y la citada Dirección General de Registros y del Notariado.

Lo que culminó en una insubordinación de la citada Dirección que no siguió el criterio fijado por el organismo jurisdiccional, generando por lo tanto una falta de un criterio uniforme sobre el problema de la inscripción de los hijos nacidos de ciudadanos españoles por medio de gestación por sustitución realizada en otros países donde está permitida.

Evidentemente esta situación descrita ha generado especialmente en los últimos años un gran debate doctrinal. La trascendencia de este debate está dada porque desarrolla la figura de la gestación por sustitución frente al derecho a la identidad del hijo y aborda el principio del interés superior del niño.

El caso que genera dicho debate fue el siguiente: una pareja homosexual española, casados, realizan un contrato de gestación por sustitución en California siendo inscritos en la certificación extranjera expedida por las autoridades americanas, como hijos de los dos hombres (como hijos por naturaleza, no por adopción).

El Registro Consular de España en el Estado de California, con fecha 10 de noviembre de 2008 niega la inscripción por considerar que el contrato era nulo de pleno derecho dado que

la filiación que constaba en la certificación registral californiana no se ajustaba a la Ley sustantiva española.

En el Derecho español, como se ha subrayado antes, el art. 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto.

La madre legal de los nacidos será, por tanto, la mujer que dió a luz a los mismos. El certificado de nacimiento expedido por la autoridad californiana no cumplía los requisitos establecidos por el art.23 de la ley del Registro Civil: el de la conformidad con la ley española y el de la realidad del hecho inscripto.

El matrimonio recurre al auto denegatorio de la inscripción ante la *Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN)*, que hace frente al mismo en su resolución de fecha 18 de febrero del 2009.

En ella, la Dirección General de Registros y del Notariado indica que en este caso la cuestión controvertida no se trata de determinar la filiación sino del acceso al Registro español de una filiación ya determinada.

Entendiendo que el caso no suscitaba un problema de “Derecho aplicable a la filiación”, sino una cuestión de “efectos jurídicos en España de una decisión pública extranjera”.

Subrayando la citada Dirección que las autoridades registrales españoles deben proceder a la aplicación de normas de Derecho internacional privado español sobre el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español.

Es decir, lo que la DGRN establece es que se deben analizar las normas que forman parte integrante del sector “validez extraterritorial de decisiones” según el derecho internacional privado español, y en concreto el art. 81 del Reglamento del Registro Civil.

Dicho artículo 81 establece que el documento auténtico extranjero con fuerza en España con arreglo a las leyes y tratados internacionales es título para inscribir el hecho del que da fe.

El acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español.

La aplicación del art.81 del Reglamento del Registro Civil excluye, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto la del art.9.4 Código Civil.

Por tanto, también excluye la aplicación de la ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir como la *Ley 14/2006* de técnicas de reproducción humana

asistida, en consecuencia, la Dirección General de Registros y del Notariado consideró inaplicable el art.10 de *Ley 14/2006*.

También consideró la citada Dirección General que la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público español ya que el Derecho español admite que la filiación de un hijo conste a favor de dos mujeres (art.7.3 *Ley 14/2006*). No permitir la inscripción a favor de dos varones resultaría discriminatorio y contrario al art. 14 de la Constitución española.

Respecto del interés superior del niño y su protección, afirmó la Dirección General que mediante la inscripción se evitaba la falta de filiación, de los menores al mismo tiempo que se daba una identidad única válida en los distintos países.

Poco tiempo después de ser dictada dicha instrucción de la DGRN, se interpuso un recurso por el Ministerio Fiscal contra dicha Instrucción y este fue resuelto mediante la *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia del 15 de septiembre del 2010*, que ordenó dejar sin efecto la inscripción y entendió que la certificación californiana infringía el orden público internacional, ya que la persona humana no puede ser objeto del comercio.

Agrega la sentencia del Juzgado de Valencia que, la *Ley 14/2006* es una ley española y el encargado del registro está obligado a contrastar si la certificación extranjera vulnera o no el contenido de esa ley. El encargado del Registro debe comprobar si el hecho sería legal de haber ocurrido en España y por lo tanto deberá aplicar el art.10 de *Ley 14/2006*.

En relación con la violación del art. 14 de la *Constitución española* la Sentencia consideró que no había discriminación ya que la negativa se basaba no en el hecho de que se tratara de dos hombres, sino que el origen del nacimiento era un contrato de gestación por sustitución celebrado en fraude a la ley. Y la misma solución daría el Tribunal si la inscripción fuera promovida por dos mujeres, una mujer o un hombre solo o una pareja heterosexual.

Consideró que el interés superior del niño no se ve afectado ya que existen otros medios, por ejemplo, la adopción para conseguir dicha inscripción y garantizar el derecho del niño a la identidad.

Por otro lado, el logro de este interés superior del niño no puede legitimar actuaciones contrarias al propio ordenamiento jurídico.

A esta sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, le sigue en el tiempo la *Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución que establece una serie de directrices, siguiendo un criterio opuesto al criterio

jurisdiccional y considerando que la inscripción de los gemelos nacidos por gestación por sustitución no vulnera el orden público español.

Las directrices mencionadas, tienen como finalidad establecer criterios que determinen las condiciones del acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero de padres españoles mediante gestación por sustitución, regulando los instrumentos necesarios para que la filiación pueda ser reconocida e inscrita ante el Registro Civil Español.

Se regula también que esta inscripción registral no oculte bajo apariencia de legalidad el tráfico internacional de menores y que en concordancia con el art.7 .1 de la Convención de los Derechos del Niño no vulnere el derecho del menor a conocer su origen biológico.

La importancia de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado radica en que exige una resolución judicial en la que se determine la filiación del nacido como elemento necesario para el acceso al Registro de la inscripción registral extranjera.

El fin de esta exigencia es controlar el cumplimiento de los requisitos del contrato respecto del sistema legal del país donde se ha celebrado, comprobar la existencia de capacidad jurídica y la eficacia del consentimiento de la gestante, así como que este no esté viciado y que el contrato de gestación por sustitución no encubra una situación de tráfico internacional de niños.

Si el funcionario encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, será necesario para proceder a la inscripción de dicha resolución de acuerdo con la Ley de enjuiciamiento civil el procedimiento de exequátur.

Por el contrario, si la resolución judicial extranjera ha sido dictada como consecuencia de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria no es necesario un reconocimiento judicial previo y el mismo encargado del Registro controlará si tal resolución puede ser inscrita en España.

Nuevamente, ante esta resolución se va a dividir la doctrina entre quienes opinan que es la mejor solución y que atiende al interés de los menores y quienes la critican por considerar que infringe el principio de jerarquía normativa.

Tal es la postura de Martínez de Aguirre (2017), quien, critica la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado por considerar que es un fraude a la ley, ya que una disposición administrativa contradice lo dispuesto por un órgano judicial.

El fallo del Juzgado de Valencia, que había declarado ha lugar a la demanda interpuesta por el ministerio fiscal y había ordenado dejar sin efecto la inscripción en septiembre del 2010, fue confirmado por *la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre en 2011*.

La Audiencia Provincial de Valencia entiende que la certificación registral californiana es violatoria del orden público español, considerando el art.10 de *Ley 14/2006* como una disposición esencial para la salvaguardia del interés público.

Con relación al interés superior del niño entiende que éste no puede ser una excusa para dar cabida a un tipo de filiación derivada de una figura prohibida, como es el caso de la gestación por sustitución.

Por otro lado, la Ley española ofrece vías para la inscripción de la filiación de los menores tales como el previsto por el art.10.3 de *Ley 14/2006* que establece:” Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales” y arts.175 y siguientes del Código Civil español que regulan la adopción.

La cuestión llega, entonces, a ser tratada por el *Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero del 2014*, que entiende en recurso de casación contra la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, del 23 de noviembre del 2011.

El recurso de casación se basaba en la infracción del art. 14 Constitución Española por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de los Derechos del Niño.

El argumento de los recurrentes se basaba en que, al no permitirse la inscripción en el Registro Civil español de la filiación, los menores quedaban desprotegidos.

Rechazando los argumentos de los recurrentes, el Tribunal Supremo entiende:

- ✓ Que por motivos de orden público no se puede permitir la inscripción de los mellizos nacidos en California por medio de gestación por sustitución. En este sentido, afirma el Tribunal Supremo que,

”en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”(TS sentencia del 6 de febrero del 2014, p. 35).

- ✓ El contrato de gestación por sustitución es nulo y la filiación paterna quedará determinada por el parto, dejando abierta la posibilidad para la reclamación de la paternidad por el padre biológico.
- ✓ Este argumento de la Sentencia se aplicaría también a un matrimonio heterosexual, por lo que no hay discriminación por razón de sexo u orientación sexual.
- ✓ Con relación al interés superior del niño, considera que es un concepto jurídico indeterminado, pero no puede servir para vulnerar otros bienes jurídicos asumidos por la sociedad como propios.
- ✓ Con relación a la desprotección de los menores, el Tribunal entiende que hay figuras jurídicas disponibles como el acogimiento familiar o la adopción que hacen posible la integración de los menores en un núcleo familiar.

En este estado de la cuestión, la *Dirección de Registros y del Notariado el 11 de julio del 2014* incumple nuevamente lo establecido por el Tribunal Supremo el 6 de febrero del 2014 y dicta un Informe con relación al régimen registral de la filiación de los nacidos fuera de España mediante gestación por sustitución.

Según dicho Informe, la Dirección General de Registros y del Notariado establece que

"En el estado legislativo y jurisprudencial actual, la instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello."

Se extralimita nuevamente la aludida Dirección atribuyéndose un papel de cuasi legislador que no le corresponde.

Luego de dictadas las sentencias de Mennesson (24/6/2014) y Labasse (24/6/2014) e invocando tales sentencias, las partes, creyendo que cambiaría la visión del Tribunal Supremo, recurren nuevamente alegando la nulidad de la sentencia de 6 de febrero de 2014.

El *Tribunal Supremo dicta el Auto el 2 de febrero de 2015* ratificando su posición del 6 de febrero del 2014.

El argumento que sostiene el tribunal es que hay diferencias entre el caso resuelto por la sentencia española y los casos franceses objeto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La sentencia española, manifiesta el Tribunal Supremo, protege el interés de los menores, pues permite la fijación de las relaciones paterno-filiales mediante la determinación de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones familiares "*de facto*" mediante

la adopción o el acogimiento, protegiendo en todo momento la unidad familiar en que puedan estar integrados los menores; por el contrario, expresa el Tribunal Supremo que no es este el caso de Francia, que no permite estas opciones.

4.6. La gestación por sustitución en la Argentina.

4.6.1. Gestación por sustitución en el Anteproyecto del código.

El anteproyecto de Código Civil y Comercial del 2012 en su art. 562 admitía la maternidad subrogada pero el Código Civil y Comercial finalmente excluyó la técnica y, sin prohibirla, se optó por no regularla.

Los argumentos para su inclusión eran los expresados por la Comisión de redacción en sus Fundamentos, que indicaban que el reconocimiento legal del matrimonio de las personas del mismo sexo y la aceptación de que puedan recurrir a la adopción hacían de hecho necesario regular esa figura pues, si no, resultaría inconsecuente para estos matrimonios, que serían seguramente los que más utilizarían esta figura.

Por otro lado, consideraba la Comisión la conveniencia de contar con una regulación con pautas claras que brindara seguridad jurídica tanto a los usuarios como a los niños nacidos de ella.

El Anteproyecto permitía la gestación por sustitución mediante un proceso judicial con reglas propias que concluía con una decisión judicial de autorización.

A continuación, transcribimos el artículo que la regulaba:

ARTÍCULO 562.- Gestación por sustitución.

El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;
- f) la gestante no ha recibido retribución;
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

4.6.2. Situación de la gestación por sustitución con la sanción del nuevo Código.

La situación actual, de la gestación por sustitución con la sanción del nuevo Código, consiste en que, no habiendo sido regulada al ser practicada, plantea a los jueces diferentes cuestiones jurídicas de difícil solución.

El Código en el art.565 del Código Civil y Comercial establece que es madre quien da a luz por lo cual la maternidad quedaría determinada en cabeza de la gestante.

Esto hizo necesario que se idearan diferentes estrategias judiciales, a fin de que los comitentes pudieran establecer su filiación respecto del recién nacido. Sin ánimo de abarcar todos podemos ver algunas de las distintas estrategias utilizadas y los argumentos utilizados por los jueces.¹⁹ Estos argumentos son variados, pero prácticamente todos invocan el art.19 de Constitución Nacional, que establece:

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

Este artículo asegura una zona de libertad personal que no puede ser reducida por la ley, pero limita la inmunidad de las acciones privadas al orden y la moral pública y a los derechos de los terceros.

Este es, justamente, el punto sobre el cual reflexionar: los derechos de terceros (hijo y madre gestante) así como el orden público y cómo se ven afectados ambos por la aceptación de esta figura.

Otros argumentos que se han invocado en estos fallos dictados a favor de la maternidad subrogada son: el interés superior del menor, la importancia de la voluntad procreacional sobre el vínculo biológico, incluso se ha avanzado sobre el derecho que tiene la mujer a ser madre gestante.

¹⁹ Algunos de los casos planteados y resueltos se enumeran a continuación:

1) Juzgado. Nacional. Civil Nro. 83 25/6/2015;
2) Juzgado Familia Nro. 1, Mendoza, 29/7/2015;
3) Juzgado Familia Nro. 1, Mendoza 15/12/2015 y
4) Juzgado Familia Nro. 7, Lomas de Zamora, 30/12/2015. “NN O D G M B M S/ Inscripción de nacimiento”
5) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro.86 (sentencia firme) - 18/06/2013.
6) “F.M. L y otra s/autorización judicial”, 2 de diciembre de 2014, Tribunal de familia Nro. 7 de Rosario
7) Juzgado Nro.9 de Bariloche 29/12/2015,
8) Juzgado de Familia Nro.7 de Lomas de Zamora “B. J. D. y Otros s/ materia a categorizar (277)” - 30/11/2016 (Sentencia firme)

Sin intentar agotar todos los casos existentes, mencionaremos algunos para ejemplificar los argumentos esgrimidos a fin de lograr la aceptación jurisprudencial de la figura.

1) El primer fallo que se comentará es “*B., B. M. y Otro vs/ G., Y. A. s/Impugnación de Filiación*” del Juzgado Nacional en lo Civil N° 8, sentencia de fecha 20/09/2016.

Se trata el caso de la utilización artificial del material genético de uno de los peticionantes (Sr R. A. D.) con la donación de ovocitos de una donante anónima, fecundado extracorpóreamente, e implantado en el útero de una mujer (Sra. Y. A. G.) quien llevó a cabo el embarazo asumiendo el compromiso de tener el hijo y entregarlo al matrimonio conformado por el dador del semen y su esposa (Sra. B. M. B.), renunciando a sus derechos maternos filiales.

Las cuestiones por resolver se circunscribían a dos: la primera se refería a la acción de impugnación de la maternidad contra la Sra. A. G. con relación al niño L. La segunda cuestión, que se adicionó a la anterior, era la acción de filiación respecto del matrimonio formado por la Sra. B. y el Sr. D.

La Jueza, en su decisorio, tomó en cuenta la voluntad procreacional, entendiendo que es el elemento clave determinante de la filiación, y consideró que la procreación es un derecho humano, el cual no puede ser objeto de restricción alguna.

Aún más, este derecho a formar una familia debe ser garantizado por el estado, quien debe asegurar que se pueda acceder a todos los medios necesarios para ejercerlo. Se remite la Jueza al fallo *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, donde se establece el derecho de acceder a las TRHA para intentar procrear, ya sea como un derecho autónomo o como un derecho derivado de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y, aquí entran a jugar como titulares de este derecho aquellos en situaciones donde la única forma de garantizar efectivamente el acceso a formar una familia es la gestación por sustitución.

Finalmente, la Jueza termina concluyendo que no haber contemplado normativamente la gestación por sustitución significa una contradicción con el régimen normativo argentino ya que la voluntad procreacional guarda afinidad con la *Ley 26.529 de la ley de Derechos del Paciente* que regula la autonomía de la voluntad.

También, se señala como relevante la *Ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres*, que expresa como uno de sus objetivos que la mujer pueda "decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos" exige el respeto a sus creencias y libertad de pensamiento, en tanto hay violencia sexual contra ellas cuando no pueden decidir voluntariamente acerca de su vida sexual y reproductiva.

Con relación al interés superior del niño, considera el Juez que garantizar el interés superior de L., implica tutelar efectivamente el derecho a una filiación acorde a la realidad volitiva expresada por todos los participantes de este proyecto familiar, en el que él se incluirá como uno más de la familia.

Respecto del fallo reseñado, sólo cabe argumentar que las figuras no se incorporan “implícitamente” al ordenamiento jurídico, sino a través de la actividad legislativa, pues de lo contrario habría una enorme inseguridad jurídica.

Por otro lado, si el estado tiene el deber de garantizar al acceso a las TRHA esto no implica que deba hacerlo olvidando los derechos de otras personas (madre gestante y el hijo) cuyos derechos también debe garantizar.

Además, no se puede confundir el interés del niño con el interés de aquellos que desean procrear, este interés es otro distinto que debe ser valorado y respetado en forma independiente.

2) El segundo fallo es, “*C., F. A. y Otro vs/ R. S., M. L.R S/Impugnación de Maternidad*”, del Juzgado Nacional. Civil Nro. 102 sentencia de fecha 18/5/2015.

Se trata el caso de un matrimonio que luego de haber convivido durante varios años y sin la posibilidad de procrear, acepta el ofrecimiento de la niñera de su sobrino de gestar el embrión fecundado con material genético de la pareja.

Luego del nacimiento, es reconocida por F, a continuación, los actores impugnan la maternidad de M.L.R.S respecto de la menor nacida con fecha 10 de marzo del 2014 y solicitan se emplace como hija de la coactora, conforme lo disponía el art.242 del Código Civil derogado.

El juez hace lugar a la demanda, entendiendo que la teoría de la explotación o cosificación de la mujer gestante queda desvirtuada cuando se trata de un acuerdo voluntario y libre que al no conllevar interés económico por tener su base en el vínculo afectivo de las partes tampoco puede tacharse de inmoral.

3) Otro camino jurídico que se ha aplicado, a fin del establecimiento de la filiación a favor de los comitentes, es el que se ha llevado a cabo en “*NN O D G M B M S/ Inscripción de nacimiento*” del Juzgado nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86 sentencia firme de fecha 18/06/2013.

En el presente caso, anterior al nuevo Código, se interpone una acción judicial solicitando la inscripción y teniendo como padres a los comitentes; el juez tomó como parámetro de su

decisión el artículo 562 del Proyecto de Código Civil que regulaba la figura, artículo que no existe en el Código actual y entendió que el citado artículo ofrecía parámetros de referencia para fundar su decisión.

Consideró que era en interés del menor que se procediera a la inscripción teniendo como padre a aquellos que habían expresado su voluntad procreacional imponiendo a los comitentes la obligación de hacer conocer a su hija su realidad gestacional.

4) El cuarto caso al que nos referiremos, también se recurrió a la solicitud de inscripción “*Otros s/filiación*” tramitado ante el Tribunal Colegiado de Familia N° 5 Rosario sentencia del- 27/05/2016.

Se trata de la gestación por subrogación llevada a cabo con material genético de uno de los integrantes del matrimonio del mismo sexo con ovocito de donante anónima en el vientre de una amiga de ambos.

El juez hizo lugar al pedido expresando en sus fundamentos

“Debe admitirse la existencia de una disociación entre la maternidad genética que en el caso fue anónima, la maternidad gestacional y la voluntad procreacional donde uno de los integrantes del matrimonio que propicia la modificación de la partida de nacimiento además aportó su espermatozoides, originada por el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, y permitir la construcción de un vínculo parental conforme ese anhelo. La identidad de origen y la gestacional no tienen por qué desplazar en importancia a la identidad que confiere el curso de la vida, en la faz dinámica que revela su configuración compleja y que estará a cargo de quienes tuvieron la intención y el interés procreacional, no son manifestaciones excluyentes, sino por el contrario, complementarias, ocurre que no es posible receptor esta multiplicidad filiatoria porque expresamente el Código Civil y Comercial rechaza la contingencia que una persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación. (art. 558)”.

5) Otro método utilizado a fin de determinar la filiación de los comitentes es a través de un proceso judicial previo, donde se solicita la homologación del acuerdo de gestación y la posterior inscripción como hijo de los comitentes, en estos casos la autorización es previa al embarazo de la persona que actuará como gestante, tal es el caso de “*H. M. y Otro/a s/medidas precautorias (Art. 233CPCC)*” del Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora 30/12/2015 (sentencia firme).

En este caso la actora padece una enfermedad congénita, Síndrome de Rokitansky. Por esta razón M. cuenta con capacidad ovulatoria, pero discapacidad gestacional. Dicha diversidad funcional le impide gestar un embarazo, la hermana de la actora gesta un bebé con material genético de la pareja sin intención de tener un hijo propio sino sólo con el fin de ayudar a su hermana y su cuñado. Se hace lugar al pedido, considerando que la gestación por sustitución contaría con recepción implícita en el nuevo Código, dado que la falta de mención expresa de

este tipo de TRHA no implica prohibición. Esto se sustenta, en el ámbito nacional, en el derecho que posee toda persona de poder intentar concebir un hijo mediante las posibilidades que las tecnologías derivadas del conocimiento científico le ofrezcan.

Como puede verse los argumentos utilizados son muy parecidos a los expuestos en el primer caso comentado.

6) Un nuevo caso aún sin sentencia firme: *"Reservados S/Autorización judicial"* del Juzgado de Familia N° 7 de Viedma sentencia no firme de fecha 06/07/2017

Se refiere a una pareja homosexual unida hace 14 años que solicitan autorización a fin de que se proceda a la implantación de los embriones que poseen por ovodonación, la madre gestante no tendrá por tanto ninguna relación genética con el niño que va a nacer.

El juez en principio hace una aplicación del art. 19 de Constitucional Nacional entendiendo que todo lo que no está prohibido está permitido autorizando dicha implantación de los embriones en la madre gestante.

7) En un caso el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *"Morelli, Carla Karina y otros s/ información sumaria s/ recurso de inconstitucionalidad concedido"* sentencia de fecha 04/11/2015 rechazó un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la sentencia de la Cámara que había declarado la incompetencia del fuero local para conocer en la causa.

Los actores, invocaban ser padres biológicos y solicitaban que se ordenara sin más trámite, la inscripción en el Registro Civil de la Ciudad como hijos de ellos a dos menores nacidos por el método de maternidad subrogada o útero portador, realizado por la hermana de la demandante. Los jueces, coincidieron en sostener que la pretensión excedía lo meramente registral y que, por ello, no resultaba posible ordenar que el Registro Civil, sin más trámite, procediera a la inscripción solicitada sin que se definiera judicialmente de forma previa la relación filial de los menores, cuestión que resulta, hasta el día de la fecha, competencia de la Justicia Nacional en lo Civil (art. 4 de la ley N° 23.637).

En síntesis, como puede observarse a partir de los casos reseñados, en todos finalmente se hizo lugar a una figura polémica desde el punto de vista ético y jurídico, que no está regulada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina basándose fundamentalmente los argumentos jurídicos de las mismas en la importancia de la voluntad procreacional como determinante de la filiación, el art. 19 de la Constitución Nacional y el derecho a la procreación o a formar una familia.

4.7. Conclusiones.

A modo de conclusión del presente Capítulo, podemos decir que se observa una tensión entre el derecho de formar una familia mediante el acceso al progreso científico y los derechos de terceros tanto de la madre gestante como del hijo.

En el caso de la madre gestante, se pone en cuestión un aspecto ético de la figura dado que cosifica a la mujer y subestima el papel mismo de la gestación, olvidando la relación de intimidad que se establece entre madre gestante y gestado.

En el caso del hijo, se afecta su derecho a la identidad creando un entramado de relaciones familiares que dificultan la formación de la propia identidad.

Se ve con claridad un conflicto entre el principio de autonomía y reserva y la facultad del estado a limitar este campo y legislar, teniendo como mira el interés de terceras personas (menor, madre gestante) y el orden público.²⁰

²⁰La cuestión de hasta donde juega el principio de autonomía y reserva y la existencia de otros bienes que se deben tutelar entre ellos el orden público, fue debatida ampliamente en los fallos de la Corte Suprema Bazterrica 28/8/1986 y Capalvo 29/8/1986 con motivo de la despenalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

CAPÍTULO 5 FECUNDACIÓN *POST MORTEM* Y DERECHO DEL HIJO A TENER UN PADRE Y UNA MADRE.

5. Fecundación artificial *post mortem*.

Este tema nos enfrenta con un dilema de carácter ético y jurídico en el que hay que valorar los intereses de muchas partes involucradas: los intereses de la persona muerta, los intereses del futuro hijo, los intereses de la futura madre y los intereses de otras personas que puedan resultar afectadas por el nacimiento, como parientes u otros hijos (Rodríguez Gaitán, 2013 p.7).

Entre los cuestionamientos de tipo ético que plantea la figura, podemos mencionar si el derecho a procrear admite límites teniendo en cuenta los derechos de otros interesados.

Si tiene el hijo derecho a nacer con un padre y una madre o si por el contrario el derecho a formar una familia y a la vida privada es un derecho que debe ser protegido aun a costa del interés del hijo.

5.1. Argumentos jurídicos esgrimidos en favor y en contra de la figura. Derecho al hijo.

Quizás el conflicto de derechos más patente en este caso es el que se presenta entre el derecho a procrear de la viuda o conviviente de hecho y el niño que va a nacer, su interés y su derecho a tener un padre vivo.

El derecho no puede evitar en la filiación natural que el padre muera durante la gestación y, por lo tanto, nazca un hijo sin padre. El caso de la filiación *post mortem* es distinto ya que en este caso el derecho sabe antes de proceder a la técnica de reproducción humana asistida que el padre ha muerto y que el hijo que nacerá será huérfano y por tanto puede actuar para evitar esta situación y proteger el interés del hijo.

El derecho del hijo a tener un padre y una madre incluye el derecho alimentario, es decir el derecho del hijo de contar con asistencia de todo orden, pero además existe un componente psicológico.

Este componente psicológico se funda en el hecho de que el amor de ambos padres es importante, pero es cualitativamente distinto y complementario uno del otro, motivo por el

cual da lugar a relaciones paterno filiales distintas con roles diferentes en lo que hace a la identificación sexual y el crecimiento personal del hijo.

Ambas relaciones son fundamentales para el desarrollo del hijo; por tanto, argumentar que es mejor nacer sin padre que no hacerlo podría ser válido, si existiera un embrión en espera de ser implantado, pero no parece válido cuando en miras del interés de la madre se practica la técnica de reproducción asistida *post mortem*.

En relación con el tema del derecho alimentario, haciendo una remisión a la legislación española encontramos este deber de asistencia hacia los hijos en el art. 39 de la Constitución española²¹. Así, la fecundación post mortem, al permitir la concepción de hijos huérfanos de padre antes de nacer, estaría conculcando dicho derecho en la medida que entendamos que de dicha norma se desprende la necesidad de ambos progenitores.

Por otro lado, cabría relacionar el art 39 de la Constitución española con la idea de paternidad como función atribuida en el art 154 del Código Civil español²². (Rodríguez Gaitán 2015 p.300- 304).

El mismo razonamiento se aplica al CCC argentino, para el cual (art. 638) la responsabilidad parental o patria potestad (en la anterior redacción) es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

Precepto que se relaciona con el art. 658, el cual determina la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental que compromete a ambos padres, convivan o no.

También se vería conculcado al hacer uso de esta figura el art. 7 de la Convención de los derechos del niño, es decir el derecho del niño a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos.

En favor de la figura se esgrime: que el derecho a la procreación es una expresión del derecho a la intimidad y asimismo del derecho a fundar una familia recogido en el art. 16.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos.²³

²¹ Constitución española Título I. De los derechos y deberes fundamentales.

Capítulo tercero. De los principios rectores de la política social y económica

Artículo 39: Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

²² Artículo 154. Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.

²³ Artículo 16 - Declaración Universal de Derechos Humanos

Asimismo, se marca la conexión que existe entre el derecho a procrear y el libre desarrollo de la personalidad como expresión de la autonomía o libertad que tiene una persona para decidir si quiere o no tener un hijo.

Este derecho al hijo constituiría un derecho fundamental, por lo que el Estado no podría intervenir legislando, si esto implicara limitar la libre determinación de los progenitores en la decisión de tener o no un hijo.

Quienes en cambio se oponen a la fecundación *post mortem* sostienen que en ningún texto internacional sobre derechos humanos se alude en forma expresa a este derecho al hijo.

Lo que existe es un derecho a realizar los actos naturales propios de la procreación, los cuales pueden dar lugar o no a la generación de un nuevo ser (Gámiz Sanfeliú, 2009, p.3).

En la misma línea de opinión, sostiene Sambrizzi que no existe un derecho al hijo, lo que es elocuentemente justificado por el autor argumentando que

” Si fuera cierto que las personas tuvieran un derecho para exigir un hijo, cualquier persona también podría exigir, siguiendo esa misma pauta, que se le proporcione felicidad, o salud, porque tiene derecho a ser feliz, como también tiene derecho a tener una buena salud, lo cual, como es natural, no se le puede proporcionar, sino, a lo más, se le debe otorgar -y, por tanto, puede exigir- una adecuada atención médica, lo que como es obvio, no le garantiza una buena salud. En realidad, y como resulta de lo más arriba dicho, lo que las personas tienen no es un derecho subjetivo a tener un hijo, sino un derecho a que nadie se inmiscuya o interfiera en su decisión relativa a procrear en forma natural, lo cual no ocurre en el supuesto de la procreación asistida, en que necesariamente se requiere la intervención de otras personas distintas a la pareja” (Sambrizzi, 2010, p. 3).

De todo lo dicho, surge la pregunta de cuál va a ser en definitiva el derecho que debe prevalecer: el de los adultos a procrear o el interés del hijo a tener un padre y una madre.

Rodríguez Gaitán considera que debería prevalecer el interés superior del hijo y señala tres argumentos a favor de tal decisión:

- 1) la mujer no se ve privada de tener un hijo si se prohíbe que sea inseminada con espermatozoides de su marido fallecido ya que puede volverse a casar o mantener relaciones con otras personas con las que puede tener descendencia.
- 2) quien se encuentra del otro lado de la decisión del adulto es un menor de edad necesitado por ello de una especial protección por el ordenamiento jurídico.
- 3) la existencia de normas por las cuales el principio del interés superior del menor ha de ser objeto de especial protección por parte del legislador (ver art. 3.1 Convención sobre los

Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado

Derechos del niño, entre otros) y debe prevalecer cuando otras normas entren en conflicto. Por lo tanto, ponderando ambos derechos -el de procrear y el de tener un padre-, el primero debe ceder ante el segundo (Rodríguez Gaitán 2015 pág. 304).

5.2. El rol paterno.

Hemos comentado este tema al analizar la maternidad en solitario, este tema vuelve a plantearse en caso de fecundación *post mortem*.

La primera pregunta parece ser si es necesario tener un padre y una madre, o si se trata de roles de tipo cultural que pueden ser realizados indistintamente y con los mismos resultados.

Para responder a esta pregunta, debemos recurrir a la psicología, a fin de analizar cuál es el papel del padre en el desarrollo del niño y si efectivamente se trata de una figura de la cual se puede prescindir de antemano (ya hemos afirmado que hay casos en que crecer sin un padre es fruto del destino o de una muerte prematura no es el caso que aquí analizamos).

Desde la psicología, el rol del padre aparece como relevante para el desarrollo del hijo y aunque la ausencia del padre no necesariamente genera siempre desequilibrios psicológicos importantes, no es menos cierto que es un factor de peso en el desarrollo de la personalidad del niño y del adolescente. Su ausencia repercutirá en forma directa en la madre que se verá obligada a ejercer esta función constituyendo una recarga de roles y responsabilidades (Arvello Arregui, 2003).

Hay trabajos que han estudiado cuál es el costo de prescindir de un padre, tomando el dato creciente de la realidad que cada vez hay más familias monoparentales por elección. Reseñan estos trabajos, cuáles son las funciones propias del padre destacando que el padre tiene el rol crítico de instaurar la capacidad de controlar los impulsos en general, es decir su figura permite al hijo aprender la capacidad de autoregularse.

Asimismo, se asevera que es el padre quien da seguridad, sentido de límites y autoridad. Es por otro lado, quien permite la separación entre la madre y el hijo, otorga libertad y genera autonomía (Antrella, Tony 2008).

El padre es quien promueve la salida de los hijos de la familia permitiéndoles generar un proyecto de vida propio por eso su ausencia produce una perturbación o mayor dificultad en el proceso de emancipación.

Para construir la autonomía en las funciones del yo es imprescindible la ruptura de la unidad simbiótica madre-hijo y para promover dicha ruptura es importante la figura del padre.

La relación con el padre no es como la materna; es una relación diversa por contenidos, competencias y calidad afectiva. La unión con el padre nunca podrá ser de naturaleza simbiótica, ya que no se origina antes del nacimiento del niño. Por ello, podemos afirmar que madre y padre no son roles intercambiables porque son dos dimensiones diferentes de afectos y relaciones (Quaglia, Castro, 2007).

5.3. La figura de fecundación *postmortem* en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida española 14/2006.

En la ley española, la figura fue ya contemplada en el art. 9 de la *Ley 35/1988* y con posterioridad, tras la derogación de dicha ley, en el art. 9 de la *Ley 14/2006*, dicho precepto establece:

Artículo 9 Premoriencia del marido

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

La ley española contempla dos supuestos que difieren entre sí.

El primero define la fecundación *post mortem* como la introducción en los órganos genitales femeninos del semen del varón fallecido, por medio distinto al contacto sexual.

El segundo supuesto, contemplado por dicho precepto, consiste en la transferencia a la mujer, tras el fallecimiento del varón, de preembriones de la pareja constituidos mediante fecundación *in vitro* con anterioridad a la muerte del marido o del compañero, supuesto en el que *stricto sensu* la fecundación no ha sido *post mortem*.

La diferencia es clara: en el primer supuesto se fecunda a la viuda o compañera con semen del varón fallecido (es decir, el hijo ha sido procreado después de la muerte del padre); por el contrario, en el segundo caso el hijo es concebido en vida de los padres por medio de TRHA,

pero su implantación, gestación y alumbramiento ocurren una vez ya fallecido el padre (Rodríguez Gaitán 2015 p. 295).

La ley no hace referencia a ningún requisito de edad el marido, sin embargo, se entiende teniendo en cuenta el art.6 de ley 14/2006 que establece que toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas, que no será hasta que el marido alcance los 18 años que se podrá proceder a depositar el semen con vistas a la aplicación de estas técnicas.

Se exige un lapso temporal para el uso del material reproductor del fallecido por su viuda o pareja no unida por vínculo matrimonial, el cual no podrá superar los 12 meses.

Existen algunos supuestos que generan opiniones encontradas con relación a la fecundación post mortem y a la interpretación del art.9 de la ley 14/2006 son los que siguen:

1) Inseminación con gametos de un tercero: plantea la posibilidad de que el marido diera su consentimiento para que su mujer o pareja de hecho se insemine con gametos pertenecientes a un tercero para que le dé un hijo después de muerto. En opinión de Rodríguez Gaitán (2013 pp. 18-23) esto no sería posible ya que la ley dice “su material reproductor”.

Otra parte de la doctrina, en cambio, admite la fecundación post mortem heteróloga cuando el varón haya autorizado esta técnica expresamente (Magro Servet (2015 p. 6).

2) Hipótesis de que quien sobreviva sea el varón: también parecería descartada la hipótesis de que quien sobreviva sea el varón y no la mujer y sea aquél quien solicite que se implante el preembrión constituido en vida de ambos en el útero de otra mujer, sobre todo en coherencia con el art 10 que considera nula la gestación por sustitución (Rodríguez Gaitán 2013 pp. 18-23 y 2015 pp. 296-299).

3) Implantación en el útero de una tercera mujer: sería el caso en que ambos cónyuges o compañeros fallezcan y que el embrión sea transferido o implantado en el útero de otra mujer. Lo cual no sería coherente con el art 10 LTRHA al que acabamos de hacer alusión (Rodríguez Gaitán 2015 pp. 296-299).

4) Inseminación post mortem en caso de varón no unido por vínculo matrimonial: es el caso del art. 9.3 que establece que el varón no casado podrá hacer uso de esta posibilidad prestando su consentimiento en la forma establecida en art. 9.2.

5) Supuesto de pareja homosexual de hombres o de mujeres: El art.9 se refiere tanto al marido como al varón “no unido por vínculo matrimonial”. Se trata pues, de un matrimonio o pareja Heterosexual. El artículo impide que se extienda tal hipótesis a un matrimonio o pareja de hecho homosexual, de hombres o mujeres. Además, en el caso de dos hombres su única

posibilidad de procrear será a través de la maternidad por subrogación que como hemos comentado se encuentra prohibida por el art.10 *Ley 14/2006*.

6) Transferencia de un embrión concebido en vida del marido, pero con gametos donados.

Este es otro tema que suscita dudas. Se trataría de la transferencia de un preembrión al útero de la madre con posterioridad a la muerte del marido o compañero que, aunque concebido en vida de este, haya sido obtenido por gametos donados de un tercero.

El art.9.2 inc. 2 al presumir otorgado el consentimiento cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida para transferencia de embriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido no indica que deba tratarse de embriones procedentes del material genético del marido.

7) Situación de quien recurre a la fecundación *post mortem* aun vencidos los plazos y sin cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley: la ley 14/2006 no resuelve este supuesto, una primera opción sería considerar inválida tal fecundación y solo quedará determinada la filiación respecto de la madre.

Otra posibilidad sería, en consideración al interés del hijo, determinar igualmente la filiación del hijo respecto del marido fallecido como matrimonial y del conviviente como extramatrimonial. En una postura intermedia se ubican aquellos autores que consideran que habría que analizar cuáles son los requisitos faltantes (Gámiz San Feliú 2009).

5.3.1. Determinación de la filiación en caso de fecundación post mortem en la legislación española.

La ley 14/2006 no resuelve el problema de cómo será determinado este tipo de filiación.

La dificultad que se presenta es que en teoría no puede constar el carácter de la filiación derivada de TRHA en la inscripción ante el Registro Civil por lo que pasados 300 días desde el fallecimiento del marido el niño nacido con posterioridad sería no matrimonial.

Por lo tanto, habría que hacer constar que el nacimiento procede del uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (cosa prohibida por el art.7 de ley 14/2006) para poder inscribirlo como matrimonial o aplicar el art.116, interpretándolo en el sentido de computar los 300 días desde la fecha en que se ha realizado el tratamiento *postmortem*.

Si tratase de una pareja de hecho no casada de acuerdo con el art.9 .3 Ley 14/2006 el consentimiento operaría para el inicio de un expediente gubernativo de atribución de filiación matrimonial sin perjuicio de la posibilidad de ejercer la acción de reclamación de la paternidad (art.44.7 de la Nueva Ley de Registro Civil).

En cuanto a la revocación del consentimiento, dispone el art.9.2 “El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.” Sería este el caso, por ejemplo, de la aparición, (luego de muerto el sujeto, pero ya iniciada la técnica) de un testamento ológrafo que revoca el consentimiento otorgado en su momento para la fecundación post mortem, en este caso dicha revocación sería imposible.

5.4. Filiación *post mortem* en el Nuevo Código Argentino.

La situación actual de la fecundación *post mortem* en Argentina es la falta de regulación, tratándose de un supuesto que fue regulado por el Anteproyecto pero que finalmente no fue incorporado a la redacción final.

El Anteproyecto de reforma regulaba de manera expresa la fecundación *post mortem* del siguiente modo:

“Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) la persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento. b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso” (art. 563).

Señala la Dra. Herrera (2017, p. 7) que el proyecto no era lo suficientemente amplio pues de hecho muchos de los fallos jurisprudenciales dictados no hubieran podido ser resueltos en forma positiva, ya que el único supuesto contemplado era el de la existencia de embriones no implantados al momento de la muerte del marido.

La situación actual en la Argentina es que, si bien la figura no ha sido receptada en el Código, sí que ha sido admitida por vía jurisprudencial en diferentes ocasiones.²⁴

²⁴ En concreto, pueden citarse los siguientes casos: 1) Juzgado Nacional en lo Civil nro. 87, 05/05/2016, “*N. O. C. P. s/Autorización*” publicado en la Revista on line El Dial, 10/06/2016, el Dial AA9766. junio del 2017. Se trata de un señor que falleció en un accidente ferroviario ocurrido el 13/09/2011 cuya esposa, acompañada por sus suegros solicitaron judicialmente la extracción de material genético. Un juez hizo lugar a la petición. Años más tarde, la viuda pretende recurrir a un procedimiento de reproducción asistida para tener un hijo con dicho material, ante la negativa del centro de salud especializado, peticiona a la justicia la correspondiente autorización para llevar adelante la práctica médica. El juzgado Nacional en lo Civil con competencia exclusiva en asuntos de familia nro. 87 de la Capital Federal, en fecha 05/05/2016 hizo lugar a la acción y, en consecuencia, autorizó el uso del material del esposo fallecido hacia casi 5 años a pesar que no existía un documento en que se expresara fehacientemente la posibilidad de continuar la TRHA luego de producida su muerte pero el juez valora los testimonios de familiares directos y testigos quienes afirmaron la voluntad del

Criticando los fallos en que ha sido admitida la fecundación *post mortem*, Herrera (2017) señala que se debe tener en cuenta la nueva regulación del CCC en el campo de los derechos personalísimos que establece en el art 56 del CCC:

“Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable”.

Por lo tanto, en opinión de la autora, la extracción de material genético caería dentro de los actos que dependen solo y únicamente de la voluntad de la propia persona, haciendo imposible, por tanto, la admisión por vía jurisprudencial de estos supuestos (Herrera, 2007).

5.4.1. Fecundación post mortem y falta de consentimiento informado, existencia de embriones y determinación de la filiación.

El Anteproyecto del Código establecía como se ha señalado que

“No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) la persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su

difunto de realizar TRHA por lo que hace lugar al pedido. Finalmente, la magistrada afirma que por el principio de respeto a la verdad biológica al que considera un principio en el que se apoya el régimen de filiación vigente el niño deberá ser inscripto como hijo de su padre. En este sentido no deja de parecer una apreciación particular la que realiza el juez en la sentencia ya que toda la filiación en caso de TRHA se asienta sobre el régimen de la voluntad procreacional alejándose de la verdad biológica

.2) Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario – Mendoza, 07/08/2014, “S. M. C. s. *Medida autosatisfactiva*”, Rubinzal Culzoni, RC J 6303/14. Aquí también se hace lugar al pedido de transferencia post mortem a favor de una mujer que había conseguido con anterioridad autorización judicial para extraer material genético del cuerpo de su esposo fallecido.

3) Tribunal. Fam. n. 3 Morón, 21/11/2011, “G., A. P.”, Revista de Derecho de Familia n° III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 119. Involucra una pareja que se encuentra en procedimiento de reproducción asistida, en el ínterin, al señor le descubren una enfermedad oncológica y al tiempo fallece, meses después la mujer solicita al centro de salud la transferencia del material genético criopreservado y ante la negativa inicia un pedido de autorización judicial.

4) Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nro. 3, 03/11/2014, “K. J. V. vs. *Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo*”, La Ley online, cita: AR/JUR/53958/2014.

5) Juzgado Civ., Com., Lab. y de Minería N° 4 de Santa Rosa, La Pampa, 30/12/2015, “A. C. V. vs/ *INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL-SEMPRE S/ Amparo*”, <http://www.colectivoderechofamilia.com/familiar-juz-1ra-inst-civ-com-lab-y-mineria-no4-santa-rosa-la-pampa-fertilizacion-post-mortem>. Supuesto en el que existen embriones conformados por material genético del marido fallecido y óvulos donados que pretenden ser transferidos a la cónyuge superviviente con la consecuente cobertura médica. Este sería en principio el único caso que hubiera entrado en la regulación del Anteproyecto.

fallecimiento. b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso” (art. 563).”

Como se dijo, no existe en el Código actual regulación alguna, pero de existir la norma proyectada entrarían en conjunción dos parámetros para tener en cuenta: la voluntad procreacional vs el dato biológico y el estatus del embrión como persona.

Si no existe voluntad procreacional concreta del fallecido en el sentido de autorizar la fecundación *post mortem*, aunque de hecho existan embriones, estos deberán ser desechados por faltar tal consentimiento. En estos términos expresa la Dra. Herrera su posición,

” ¿Y si no se permite la FPM porque se carece del correspondiente consentimiento informado formal y específico, ello implica la destrucción o donación para terceros o investigación del material o embriones conformados por gametos de una persona fallecida? La respuesta positiva se impondría. Ello no podría ser nunca tildado en abstracto como algo negativo porque, de hecho, las TRHA plantean dentro de su ámbito de actuación situaciones en las cuales se pierden o descartan gametos como embriones. Es más, esta situación podría ser adjetivada de “mal menor” al tenerse en cuenta que del otro lado de la balanza está la carencia de voluntad procreacional.” (Herrera, 2017, p.18).

Por el contrario, Sambrizzi dota de mayor importancia a la carga genética y al estatus del embrión como persona, que a la existencia o no de voluntad procreacional diciendo

” creemos que quien nació como consecuencia de la fecundación del óvulo materno con semen del hombre que falleció antes esa fecundación, es hijo de este último y de la mujer que lo gestó, lo que es así en razón de haber el concebido recibido de quien murió, la mitad de su dotación genética. Dicha conclusión no variaría en el supuesto de que el causante no hubiera prestado conformidad para que con su semen sean fecundados los ovocitos de su esposa o de su pareja, ni tampoco en el caso de que se hubiera expresamente opuesto a ello, por cuanto, como regla general, en nuestro derecho la paternidad se determina por la vinculación genética que existe entre el hombre que aporta el semen, y la persona así concebida” (Sambrizzi, 2012, p. 302).

Por otro lado, sostiene el autor, se vulneraría el derecho a la identidad del niño al negarle el vínculo filiatorio entre él y la persona fallecida aún en los casos que hubiera recurrido a la fecundación *post mortem* sin cumplimentar los requisitos establecidos en la norma proyectada (Sambrizzi, 2012, p. 332).

Sin embargo, estando este nuevo tipo de filiación por TRHA fundada en la voluntad procreacional (art.562 del Código Civil y Comercial) la paternidad no se determina por la vinculación genética sino por la expresión del deseo de ser padre. De faltar esta expresión de voluntad, es decir de faltar el consentimiento no hay establecimiento de filiación posible.

Es prueba de lo expuesto el hecho de que en este tipo de filiación no rigen las presunciones de filiación matrimonial ni extramatrimonial y la filiación será determinada por el consentimiento prestado con las debidas formalidades (art 566 y art 570).

Lo mismo ocurre con las acciones de filiación, que no son de aplicación a la filiación resultante de TRHA, cuando haya mediado consentimiento previo informado y libre con independencia de quien haya aportado los gametos.

Con relación a existencia de embriones, hay que señalar que ha existido una manifestación de voluntad en el sentido de ser padre y lo cual queda manifiesto en que se ha dado inicio a la técnica. Incluso, no reviste importancia si ha sido con material genético del marido o de un tercero ya que lo que interesa para la ley es la existencia de consentimiento y no de vínculo genético a efectos de determinar la filiación.

El problema se plantea con la exigencia del Código argentino de renovar el consentimiento en cada práctica que se realice, lo cual no podrá hacerse efectivo por una causa de fuerza mayor como es la muerte.

En este sentido, hubiera sido más lógica la previsión de considerar irrevocable el consentimiento una vez que existen embriones congelados a la espera de su implantación. En similar sentido, se expide la *Ley Portuguesa nº32/2006 de Procreación Médicamente Asistida* en su apartado 3º del artículo 22º, considerando lícita tal transferencia *post mortem* con el fin de permitir la realización de un proyecto parental claramente establecido por escrito antes del fallecimiento del padre, si ha transcurrido un plazo proporcionado a una adecuada ponderación de la decisión.

5.5. Conclusiones.

Nuevamente, frente a un derecho del adulto encontramos un derecho del hijo que entra en conflicto. El modo de decidir cuál derecho tendrá preponderancia es el de tener en cuenta que, al evaluar una norma en la que se encuentren en juego derechos de menores, se debe tener siempre como primera consideración el interés del niño, tal como lo establece la Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1 de la Convención), se deberá valorar de acuerdo al párrafo 37 del siguiente modo:”

La expresión "consideración primordial" significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. La firmeza de esta posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz). Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses. Si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar”.

6. CONCLUSIÓN DEL TRABAJO.

A lo largo del trabajo se ha analizado el tema de la filiación por técnicas de reproducción asistida. Se ha descrito la filiación por Técnicas de Reproducción Humana como una filiación con características especiales donde el dato biológico o genético prácticamente desaparece para la determinación de la filiación, con la única excepción de que se sigue considerando que madre es aquella que ha dado a luz. Se expuso a lo largo del trabajo cómo este nuevo tipo de filiación nacida del legítimo y respetable deseo del adulto de ser padre colisiona en muchos casos con los derechos del hijo. Finalmente, a través de los capítulos abordados se buscó demostrar la tesis de trabajo planteada: cómo en esta nueva categoría filiatoria fundada en la voluntad procreacional se legisla primordialmente tomando en cuenta las necesidades del adulto que hará uso de esta Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

De cara a la pregunta principal del trabajo, dirigida a puntualizar aquellas normas que centradas en la perspectiva del adulto olvidan o dejan de lado la perspectiva del hijo, sus derechos, intereses y necesidades, se han obtenido las siguientes respuestas.

En el capítulo primero sobre el derecho a la vida del hijo, y luego de haber analizado el estatus jurídico del embrión, se examinó la jurisprudencia de la Corte Interamericana, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de Tribunal de la Unión Europea. A través de estos casos se plantearon supuestos donde colisionan el derecho a la vida del hijo con el derecho del adulto a la procreación, tanto en su faz positiva (derecho a procrear) como negativa (derecho a no procrear).

Avalado el adulto por su derecho a la protección de su vida privada, queda legitimado para decidir ser o no ser padre aun si los embriones ya existen, pero todavía no han sido implantados, así como a disponer de los embriones a los que considera de su propiedad.

Luego, en el capítulo segundo se analizó el derecho del hijo a la identidad. Se explicó qué significado tiene para el hijo saber de dónde viene y cuáles fueron las circunstancias de su nacimiento.

Se mostró la visión de este derecho a la identidad en la jurisprudencia tomando casos de adopción a raíz de los cuales se profundizó en el concepto del derecho a la identidad. Se consideraron los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Fornerón vs. Argentina* y *Gelman vs. Uruguay*. Se abordó a su vez la jurisprudencia en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizando el caso *Odièvre vs. Francia*. Por último, se

reflexionó sobre el fallo del Tribunal Supremo español del año 1999. Se señaló como el anonimato del donante representa una barrera infranqueable para el ejercicio del hijo del derecho a la identidad.

Esta falta de acceso del hijo a parte de su identidad (en este caso biológica) es consecuencia de que se ha legislado pensando en los padres y en los donantes y su derecho al anonimato, sin evaluar qué papel tiene el hijo como protagonista de las TRHA.

A continuación, en el capítulo tercero se abordó el derecho del niño a establecer su filiación como parte de su identidad.

Se puntualizó a lo largo del Capítulo los límites establecidos en el caso de los hijos nacidos por TRHA para el ejercicio de acciones de filiación y de impugnación de filiación. Dichas limitaciones tienen su origen en el hecho de que lo relevante para el establecimiento de la filiación por TRHA es la existencia de la voluntad procreacional.

Sin embargo, si bien el dato genético no tiene relevancia para el establecimiento de la filiación, sigue siendo un hecho que no puede ignorarse. El ignorarlo conlleva dificultades tanto para el hijo que ve afectado su derecho a la identidad como para su descendencia por los riesgos que genera la práctica de la endogamia.

En el Capítulo cuarto se analizó la gestación por sustitución desde la óptica de los derechos del hijo.

Así, se planteó cómo la figura genera la contractualización de la maternidad y ubica al hijo en la posición de ser objeto de un contrato. La práctica de la gestación por sustitución conlleva la simplificación del hecho de la gestación sin tomar en cuenta la relación íntima que se genera entre gestante y gestado.

En este caso el derecho a procrear entra en conflicto no solo con los derechos del hijo sino también con los derechos de la madre gestante.

Pero también genera en el hijo problemas para el acceso a la nacionalidad y al nombre que son partes integrantes del derecho a la identidad. En esta línea se presentaron las decisiones de Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Mennesson vs. Francia, Labassee vs. Francia, Paradiso y Campanelli vs. Italia) donde se plantearon los problemas de inscripción de las gestaciones llevadas a cabo en el extranjero por nacionales de países en los que la misma está prohibida. También se analizó la consideración de la figura en la ley, la doctrina y la jurisprudencia en España y la Argentina, para finalizar analizando la nueva Ley Portuguesa de Gestación por Sustitución.

En el capítulo quinto se presentó la figura de la fecundación post mortem y el derecho del hijo a tener un padre y una madre y ser criado por ambos.

Se mostró como el interés de la madre de ver satisfecha su maternidad, colisiona con el derecho del hijo a nacer en el seno de una familia compuesta de ambos progenitores. Se planteó el tema desde la óptica de los derechos del hijo, quien de antemano se sabe que será huérfano.

Se señalaron los efectos desde el punto de vista del derecho del hijo a recibir alimentos tanto de su padre como de su madre, así como los efectos desde el punto de vista psicológico por la necesidad del hijo de contar con ambos para el desarrollo de la personalidad.

A modo de conclusión, y considerando lo expuesto a lo largo del trabajo, es posible afirmar que el progresivo alejamiento del concepto del embrión como persona y por tanto como sujeto protegido por el derecho tiene como consecuencia inmediata la inexistencia de límites a la hora de tomar decisiones en el marco de las TRHA.

Este giro ético jurídico fundamental inaugura una dinámica en las leyes de TRHA por la cual se prioriza el derecho del adulto a la procreación. El legislador se olvida de la protección de la vida humana no ya en formación sino en proyecto.

Este derecho a procrear unido a la voluntad procreacional es absolutizado, eclipsando los derechos del hijo.

Al mismo tiempo, se desarrolla una ciencia al servicio del derecho de ser padre, cuya eficacia se medirá por el logro de este fin.

Emprendido este camino, la toma de decisiones durante este recorrido se hará sin tener en cuenta de qué modo ellas afectan o pueden afectar al hijo. El paradigma que se repite es que los derechos del hijo que obstaculizan este derecho del adulto a procrear se terminan viendo relegados a un segundo plano.

De un lado de la balanza están los derechos del adulto y del otro lado hay un menor que por ser tal debe recibir del derecho una especial protección.

El derecho debe velar que en todas las decisiones que este menor se vea involucrado sea priorizado su interés, el cual deberá prevalecer frente a cualquier otro.

7. BIBLIOGRAFÍA.

Arvello Arregui, Leslie, (2003), "Función paterna. Pautas de crianza y desarrollo psicológico en adolescentes: Implicaciones Psicoeducativa", *Acción Pedagógica*, Vol. 12, No. 1 / 2003.

Antrella, Tony, (2008), "La figura del padre en la modernidad." *Humanitas*, vol.13 (2008)50, p. 352-366.

Andrews, Lori B., (1985), "Die "künstlichen" Kinder und ihre unbekannten Verwandten", *Psychologie heute*, 1985, 12 (8), 33-39.

Ahargo, Ana Clara, (2013), "Fecundación Postmortem el derecho a procrear y el interés superior del niño", *Revista de Derecho UNS*, ISSN 2314-0747, Año 2, Número 2, 2013 45-52 <http://docplayer.es/5141489-Revista-de-derecho-uns-issn-2314-0747-año-2-número-2-2013-45-52.html>.

Azpiroz Villar, José Eugenio, (2017), "El contrato de alquiler de vientres: la ley, la posición del Tribunal Supremo y de la UE, las posiciones parlamentarias. (La mercantilización y cosificación de la vida humana)", *Actualidad Civil, Número 2, Sección Persona y Derechos/ A fondo*, febrero 2017, Editorial Wolters Kluwer. La Ley 1225/2017.

Ales Uría Acevedo, María de al Mercedes, (2012), *El derecho a la identidad en la filiación*. Valencia Editorial Tirant lo Blanch, Proquest Ebrary.9-7-2016, p. 402-409.

Alonso Cajigas, Alejandro, (2010), "La doctrina constitucional sobre el derecho a la vida y la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo (LA LEY 3292/2010) de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Especial referencia al dictamen emitido por el Consejo de estado", *Actualidad Administrativa*, N.º 11, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 jun. 2010, pág. 1305, tomo 1, Editorial Wolters Kluwer.LA LEY 3979/2010.

Arrechderra, Luis, (2017), *Realidad, ilusión y delirio en el derecho de filiación*, Editorial Dykinson, Madrid.

Barrios Cardozo, C.M., (2014), "La protección penal del derecho a la identidad ante técnicas de reproducción humana artificial", Documento inédito, Facultad de derecho de la Universidad Católica Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/investigacion/proteccion-penal-derecho-identidad.pdf>, (18 de abril de 2017).

Basset, Úrsula C., (2012). Filiación: Consideraciones generales (en línea). En "Análisis del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012". Pag 291-301. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/filiacion-consideraciones-generales-basset.pdf>, (22/4/2017).

Basset, Úrsula C., (2016), “Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto, ¿es contrario a los derechos humanos?” *En Revista La Ley*, sistema argentino de informática jurídica IDSAIJ: DACF160481.

Basset, Úrsula C., (2015 a).” La filiación mediante técnicas de reproducción asistida: lo desencarnado de lo entrañable”. *Escritos Jurídicos TFW. The Family Watch*.7/2015. www.thefamilywatch.org, (13/5/2017).

Basset, Úrsula C., (2015 b), “El consentimiento informado y la procreación asistida en el Código Civil y Comercial “, *La Ley S.A.E e I ID Saij DACF 160480*.

Bellver Capella, Vicente, (2008) *Capítulo IX: El estatuto del embrión humano: cuestiones filosóficas y jurídicas*, en *Bioética Personalista: ciencia y controversia*. Madrid, ES: EIUNSA, 2008. Proquest Ebrary. Web.22 june 2016.

Bernard, Andreas, (2014), *Kinder machen. Neue Reproduktionstechnologien und die ordnung der Familie. Samenenspender, Leihmutter. Künstliche Befruchtung*. S. Fischer Verlag GmbH, Frankfurt am Main.

Bertolini Esparza Marcelo, Pérez Hernández Cándido, Rodríguez Alcocer Adrián. (2014). ”*Maternidad subrogada: Explotación de mujeres con fines reproductivos (EMFR)*”. Capricho Ediciones. Ana Patricia Reyes Fernández. Mujeres Independientes en Acción. México D.F.

Bezic, Clara. 2013.’ *¿Puede haber dos padres y ninguna madre en la legislación argentina vigente? La cuestión del alquiler de vientres internacional por personas del mismo sexo*. Documento inédito perteneciente a la asignatura de Bioderecho de la carrera de grado de Abogacía. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/puede-haber-dos-padres-bezic.pdf>, (18 de abril de 2017).

Bonet, Enrique. Pardo Sáenz, José María, (2007), *Hay un embrión en mi nevera*, recurso electrónico. Navarra. ES: EUNSA, 2007. Proquest Ebrary wed,26 june 2017.

Bonillo Garrido, Luis, (2013),”El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución.”, *Diario La Ley*, N.º 8070, Sección Tribuna, 25 abr. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY.

Cantero García, Gabriel, (2004), “*La filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida*”, disponible en: <http://www.bioeticaweb.com/byline/gabriel-garcia-cantero>, (24/3/2017).

Carranza Latrubese, Gustavo (2012),” *El comienzo y fin de la existencia de las personas y de las cosas, en el Código Civil Argentino y en el Anteproyecto de Código Civil 2012*”, El Dial.com DC 1971.

Carranza Latrubesse, Gustavo, (2013), ”*La perplejidad de los derechos humanos (A propósito del fallo de la Corte IDH en el caso A.M y otros c. Costa Rica)*”, El Dial DC 19 EA. Publicado:2-14-2013.

Córdoba Palacio, Ramon, (2007),” *Consideraciones biológicas y antropológicas acerca del embrión y la reproducción asistida*”, Bogotá, CO: D-Universidad de la Sabana, Proquest Ebrary. Web 26 June 2017.

Corral Talciani, Hernán, (2010),” Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: Los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, *Ius et Praxis* [online]. 2010, vol.16, n.2, pp.57-88. ISSN 0718-0012.
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000200003>.

Chouhy, Ricardo,” Función paterna y Familia Monoparental ¿Cuál es el costo de prescindir del padre?, Cambios y tendencias en la estructura de la familia norteamericana, *Revista perspectivas Sistémicas, artículos on line*, <http://www.redsistemica.com.ar/chouhy.htm>.

De Jesús, L.M., Oviedo Álvarez, J.A., Tozzi, P.A., (2013),” El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (fecundación in vitro): la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana”, (en línea) *Prudentia Iuris*, pág. 135-164 (2/5/2017).

De Torres Perea, José Manuel, (2014), “Comentario de la SYS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *Diario la Ley*, número 8281, Sección Doctrina, 28 de marzo de 2014, Año XXXV, Ref. D-103, Editorial La Ley, La ley 1435/2014.

De Verda y Beamonte, José Ramón, (2010),” Inscripción de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”. *Diario La ley*, número 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010, Año XXXI, Ref. D-334, Editorial La Ley.

Díaz Romero, María del Rosario, (2010),”La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La ley*, Número 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010, Año XXXI, Ref. D-378, Editorial LA LEY, La LEY 13778/2010.

Duprat, Carolina, (2016),”Gestación por sustitución en Argentina: Cuando la realidad impone dar respuestas”. *Revista Estilo Caja de la Caja de Abogados de la Provincia de Buenos Aires*, mayo 2016, Edición número 52, Año XII, Consultado en:
<http://www.estilocaja.org.ar/PDFs/estilocaja52.pdf>, (18 de abril de 2017).

Durán Rivacoba, Ramón, (2010),”Anonimato del progenitor y Derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre la reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma”, *Revista Ius et Praxis*, año 16, número 1, pp3-54.

Escudero de Quintana, Beatriz (2017),” *Análisis jurisprudencial sobre gestación por sustitución: reflexiones en torno a la situación de la madre portadora*”, el Dial.com - DC2324.

Escudero Quintana, Beatriz, (2015),” *El estado de la persona humana en el Código Unificado*”. El Dial.com-DC1E74.

Escudero Quintana, Beatriz, (2014), “*El derecho a la identidad y la fertilización asistida. Comentario al Fallo C., E. M. y Otros c/Ministerio de Salud s/Amparo ley 16.986*”. El Dial.com -DC1D28.

Fama María Victoria, (2012),” El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Lecciones y Ensayos Editorial Universitaria de Buenos Aires*, número 90, págs. 171-195, Buenos Aires, Argentina.

Farnós Amorós, Esther .2007.” Evans v. The U. K (II): La Gran Sala del TEDH confirma la imposibilidad de utilizar los preembriones sin el consentimiento de la ex pareja. Nota breve a la STEDH, Gran Sala, de 10.4.2007 “en *Indret revista para el análisis del derecho*.

Farnós Amorós, Esther. (2016).” La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia.” *Revista de Bioética y Derecho*, (36), 93-111. <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2016.36.15381>, (23/4/2017).

Farnós Amorós, Esther, (2011), “*Consentimiento a la reproducción asistida crisis de pareja y disposición de embriones*”, Barcelona, ES. Editorial Atelier, Proquest Ebraryweb,31 de mayo de 2017.

Fedlstein de Cárdenas, Sara Lidia,(2016), ” *Reconocimiento del emplazamiento filial constituido en el extranjero en el Código Civil y Comercial de la Nación: una nueva mirada al orden público internacional a partir de una reciente sentencia argentina.*”, El Dial.com-DC20B4.

Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, (2017), ” *La doctrina del tribunal europeo en materia de maternidad subrogada: análisis de un fallo ejemplar.*”, El Dial.com-DC2308.

Femenia López, Pedro J.,(1999), ” *Status jurídico del embrión humano con especial consideración al concebido in vitro*”. Madrid. McGraw-Hill. Monografía.

Flores Anarte, Laura, (2016), *Las técnicas de reproducción asistida en España: ¿Mercantilización de la maternidad o empoderamiento femenino?*, Editorial Tirant lo Blanch.

Flores Rodríguez, Jesús, (2014 a), “El derecho a la identidad del niño en las nuevas formas de familia”.

LA LEY Derecho de familia, 18 de noviembre de 2014, Editorial LA LEY, ISBN- ISSN: 2341-0566, LA LEY 8327/2014.

Flórez Rodríguez, Jesús (2014 b), “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa”. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso número 65192/11”, *Diario La Ley*, Numero8363, Sección Tribuna, 28 de Julio de 2014, Ano XXXV, Ref. D-255, Editorial LA LEY.

Fuentes Tomas, Pilar, (2012), ” *La familia in vitro: filiación en la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 mayo).*” Disponible en:

http://www.elderecho.com/civil/filiación-Ley-técnicas-reproducción-asistida_11_373180001.html, (3/7/2017).

Gámiz Sanfeliú, Marta, (2009),” Reflexiones sobre la fecundación post mortem. Cuestiones interpretativas del art.9 de la ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.”, *Actualidad Civil*, Número 10, Sección A fondo, quincena 16 al 31 de mayo 2009,1163, Tomo F. Editorial La Ley. La Ley 11701/2009.

García Alguacil, Maria José, (2016),” ¿Injerencia justificada del estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil Mercantil* núm.5/2016 parte Estudio Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

Geri, L., (2016),’ *El mundo ante el derecho a la identidad genética: retroceso global del anonimato de dadores de gametos*’. Documento inédito. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/investigacion/mundo-ante-derecho-identidad-genetica.pdf>. ,19/4/2017.

Gómez Bengoechea, Blanca, (2007),’ *Capítulo I ‘Fundamento Psicológico del derecho a la identidad’ en Derecho a la identidad y filiación: búsqueda de orígenes en adopción internacional y otros supuestos de filiación transfronteriza*, Madrid, Editorial Dykinson, pág. 27-54.

Granero, Horacio R., (2011),” *¿Tienen valor legal los acuerdos celebrados por los padres de los embriones crio conservados? (el tema el orden público tecnológico)*”. El Dial .com.- DC16DD2. (11/5/2017).

Guilarte Martin Calero, Cristina, (2016),’ *Notas sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos*’. *La Ley Derecho de Familia*, número 9, Primer trimestre 2016. Editorial La Ley. LA LEY 44/2016.

Herrera Marisa, Kemelmajer de Carlucci Aída, Lamm Eleonora.2012.” El embrión no implantado. Proyecto de Código Unificado. Coincidencia de la solución con los países de tradición común”, *Revista La Ley*. <https://de.scribd.com/document/288696297/El-Embrión-No-Implantado-Kemelmajer-de-Carlucci>, (28/12/2012).

Herrera Marisa, Caramelo Gustavo, Picasso Sebastián, (2015),” *Código Civil y comercial Comentado, tomo II Libro segundo*,” Ministerio de Justicia y Derechos humanos, Editorial Infojus.

Herrera Marisa, (2017),” Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas. Los problemas de los consentimientos informados prestados desde y para el más allá”, *Indret revista para el análisis del derecho*. www.indret.com/pdf/1280.pdf (4/6/2017).

Hervada, Javier, (1992),” *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*”. EUNSA, Pamplona, pp. 64-66.

Instrucción Donum Vitae sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Roma, en la sede de la Congregación para la Doctrina de la Fe, 22 de febrero de 1987, Cardenal Joseph Ratzinger.

Instrucción Dignitas Personae sobre algunas cuestiones de bioética. 8 de septiembre del 2008.

Jiménez Muñoz, Francisco Javier, (2012), *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid. ES, Editorial Reus. Proquest Ebrary web, 31 de mayo de 2017.

Kemelmajer de Carlucci Aida, Herrera Marisa & Lamm Eleonora, (2012 a), "Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y Contexto de las técnicas de reproducción humana asistida". *Infojus. Revista de Derecho Privado Año 1 número 1. Bioderecho*. 2012. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Kemelmajer de Calucci Aída, Herrera Marisa & Lamm Eleonora, (2012 b), "Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes a la información y al vínculo Jurídico", *Revista La Ley*, 2012-E, 1257.

Kamelmajer de Carlucci, Aída, (2004), "El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer el vínculo de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso 'Odièvre v. France' en *Derecho de Familia* número 26 pág. 78-99.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa, Lamm, Eleonora & De la Torre, Natalia, (2017), "La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso 'Paradiso y Campanelli c. Italia', *LA LEY* 13/03/2017, 13/03/2017, Fallo comentado: Corte Europea de Derechos Humanos ~ 2017-01-24 ~ Case of Paradiso and Campanelli c. Italy, Cita Online: AR/DOC/610/2017.

Kitainik, Geraldine, (2008). *Biotecnología y derecho a la identidad*. El Dail.com-DCE11.

Laferriere, Jorge Nicolás, (2011), "Jaque a la identidad". *Vida y Ética*. Disponible en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/jaque-identidad-opinion-comentarios-laferriere.pdf>. (4/4/2017.)

Laferriere, Jorge Nicolás, (2015), "El Nuevo Código Civil y Comercial y la Bioética". Instituto de Bioética UCA. *Vida y Ética* año 16 número 2. Diciembre del 2015.

Laferriere, Jorge Nicolás, (2010) "La *Ovo donación* y los dilemas de las técnicas de procreación artificial ". El Dail.com-DC12B24.

Laferriere, Jorge Nicolás, (2011). "El derecho a nacer de los embriones crio conservados y la patria potestad en un caso de separación de los padres". El Dial.com. DC16F3.

Laferriere, Jorge Nicolás, (2012 a), "Cuatro cuestiones sobre la regulación de las técnicas de fecundación artificial en el proyecto del Código Civil 2012", *Prudentia Iuris*, 74. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/cuatro-cuestiones-regulación-técnicas-fecundación.pdf> (18 /4/ 2017).

Laferriere, Jorge Nicolás, (2012 B),” *Filiación y técnicas de fecundación artificial en el proyecto de Código Civil 2012*”. El Dial.com-DC18C8.

Laferriere, Jorge Nicolás (2010),”Las técnicas de procreación artificial heteróloga: análisis bioético y jurídico”, *Vida y Ética*, año 11, número 1, Buenos Aires, disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/técnicas-procreación-artificial-heterologas.pdf>. (24 /4/ 2017).

Lamm, Eleonora, (2014).”Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto.” *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 2, diciembre 2014,43-50ISSN:2340-5155.Ediciones Universidad de Salamanca.

Lamm, Eleonora, (2015),” El comienzo de la persona humana en el Código Civil y Comercial” <http://www.redaas.org.ar/archivos-recursos/Lamm.%20comienzo%20de%20la%20vidapdf.pdf>. (17/6/2017).

Lamm, Eleonora, (2012),” *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”. Publicaciones i Edicions de la Universitat de Barcelona. Observatori de Bioetica i Dret.

Lamm, Eleonora, (2008),” El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”. Universidad de Barcelona Programa Derecho Civil. Tesina. Tutora: Dra. Mónica Navarro Michel. Disponible en: <http://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/11381>. (22/5/2017).

Lasarte Álvarez, Carlos, (2012),” La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria “, *Diario La Ley*, N° 7777, Sección Doctrina, 17 de enero de 2012, Año XXXIII, Ref. D-20, Editorial LA LEYLA LEY 22179/2011.

Lledó Yagüe, Francisco, Ochoa Marieta, Carmen, Monje Balmaseda, Oscar, (2007), “*Comentarios científicos jurídicos Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida*”. Madrid, ES: Dykinson. Proquest Ebrary. Web 26 de June 2017.

López Femenia, Pedro J., (1999),” *Status jurídico civil del embrión Humano, con especial consideración al concebido in vitro*”. Madrid. Mac Graw-Hill.1999.

López Moratalla, Natalia (2009),” *La realidad del embrión humano en los primeros quince días de vida*”. Bogotá, Editorial: Universidad de la Sabana, Proquest Ebrary web 26 de June 2017.

Magro Servet, Vicente, (2015),” Solicitud de autorización judicial para inseminación artificial procedente de persona fallecida a su pareja. La fecundación post mortem.” *Revista La ley*. Practica Tribunales, Número 115, Julio-agosto 2015, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 4631/2015.

Marquardt Elizabeth, Glenn Norval D., Clark Karen, (2010), *My daddy 's name is donor. A New Study of Young adult conceived through sperm donation*. Institute for American values. A report released internationally by the Commission of parenthood's future. Disponible en: http://americanvalues.org/catalog/pdfs/Donor_FINAL.pdf. (24/4/2017).

Martínez de Aguirre Aldaz, C., (2013), "La filiación entre biología y derecho", *Prudentia Iuris*, 76. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/filiacion-entre-biologia-derecho.pdf>. (18 de abril de 2017).

Martínez de Aguirre, Carlos, (2001), "¿El nacimiento determina la personalidad? (Reflexiones sobre el concepto jurídico de persona, con un epílogo sobre la situación jurídica del concebido)", *Actualidad Civil, Sección Doctrina*, 2001, Ref. XLVII, pág. 1087, tomo 3, Editorial LA LEY. LA LEY 2367/2001.

Martínez de Aguirre, Carlos, (2017), "El tribunal europeo de derechos humanos sobre maternidad subrogada". *Escritos jurídicos TFW. The Family Watch*. www.thefamilywatch.org. (14/6/2017).

Medina, Graciela, (1997), "Maternidad por sustitución. Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana". *Revista La ley* 1997-C, 1433.

Monteroni, Julieta, (2015), "Paradiso Campanelli" y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Prudentia Iuris*, 80. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/paradiso-campanelli-contrato-internacional.pdf>. (25 /4/ 2017).

Nanclares Valle, Javier, (2007), "Las técnicas de reproducción asistida en España: aspectos problemáticos de la Ley de 26 de mayo de 2006, n. 14, con relación a la Ley italiana de 19 de febrero de 2004, n. 40", artículo publicado en la *revista italiana Il diritto di famiglia e delle persone*, Dott. A. Giuffrè Editore, Anno XXXVI, Fasc. 2, aprile-giugno 2007, pp. 846-901.

Nanclares Valle, Javier, (2008) "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza", artículo publicado en la *revista Aranzadi Civil*, n° 7, julio 2008, Editorial Aranzadi, pp. 15-42.

Nanclares Valle, Javier (2015), "La filiación en caso de gestación heteróloga por error", artículo publicado en la revista *Actualidad Civil*, n° 7, Julio- agosto 2015, Ed. La Ley-Wolters Kluver, referencia LA LEY 4947/2015.

Nieto Alonso, Antonia, (2006), "La filiación por naturaleza y la resultante de las técnicas de reproducción humana asistida: Algunas concordancias y discordancias", *Dereito Vol.*, 14, numero 2:151-185(2005). ISSN 1132-9947.

Núñez de Castro, Ignacio, (2009), Capítulo III Estatuto Ontológico del embrión humano, pág. 95- en *La dignidad del embrión: reflexiones en torno a la vida humana naciente*. Madrid, Es: Universidad Pontificia Comillas, 2009.Proquest Ebrary.WeB.21 june 2016.

Pastor, Analía G., (2012), “La homoparentalidad en el proyecto de reforma del Código Civil. *Prudentia Iuris* número 74. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu/repositorio/revistas/homoparentalidad-proyecto-reforma-codigo.pdf>. (3/7/2017).

Pantaleón Prieto, Ángel Fernando, (1993), *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, ISSN 0214-6185, N°. 15, 1993, págs. 129-160.

Quaglia, Rocco, Castro, Vicente, (2007), “El papel del padre en el desarrollo del niño. *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, N° 2, 2007. ISSN: 0214-9877, pp. 167-182.

Rivero Hernández, Francisco, (2003), “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odièvre (sentencia del Tribunal Europeo de derechos humanos de 13 de febrero de 2003)”. *Actualidad Civil*, número 24, Sección Doctrina, semana del 9 al 15 de junio 20003, Ref. XXXVI, p.593, tomo 2. Editorial La ley. La ley 1018/2003.

Rodríguez Gaitán, Alma, (2015 a), “La reproducción artificial post mortem en España Estudio ante un nuevo dilema jurídico”, *Rev. Boliviana de derecho* n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 292-323, en <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/121.pdf>. (17/5/2017).

Rodríguez Gaitán, Alma, (2015 b),” *Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial post mortem*”, www.colectivoderecho defamilia.com/wpconventuploads/2015/04/Rodriguez postmortem.pdf. (29/8/2017).

Rodriguez Gaitán, Alma, (2013). *Reproducción artificial postmortem: del art.9 e la Ley 14/2006*. Valencia.Tirant lo Blanch.

Romero Coloma, Aurelia Maria, (2009),” Identidad genética frente a intimidad. *Diario La Ley* Nro.7199, Sección Tribuna, Año XXX, Ref. D221.Editorial La Ley.

Roncesvalles Barber Cárcamo, Maria, (2010),” Reproducción asistida y determinación de la filiación”. *Redur* 8, diciembre 2010, pág. 25-37. ISSN1695-078X.

Sambrizzi, Eduardo A., (2012 a), “La maternidad subrogada (gestación por sustitución)” [en línea] El análisis del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial2012, Bs.As. El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/maternidad-subrogada-gestación-sustituciónsambrizzi.pdf> (24 /5/ 2017).

Sambrizzi, Eduardo A., (2012 b),” La fecundación post mortem. En Análisis del Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial 2012”. Buenos Aires: *El Derecho*.Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/fecundacion-posmortem-sambrizzi.pdf> (14/06/2017).

Sambrizzi, Eduardo A., (2010),” *Cuestionable interpretación de los derechos a procrear a la vida y a la salud*”. El Dial.com-DC12AB.

Santos Belandro, Rubén, (2011), “La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, del 25 de noviembre de 2011, EIDial.com - DC1762.

Serrano Luis Calderón, José Miguel, (2011),” Dignidad versus parentabilidad (Comentario de la STJ 18 de octubre de 2011 en el asunto Brüstle/ Greenpeace)”, *Diario La Ley*, N.º 7766, *Sección Tribuna*, 30 de diciembre de 2011, Año XXXII, Ref. D-491, Editorial LA LEY.

Storch De Gracia y Asencio, Jose Gabriel, (2001),” Acerca de la naturaleza jurídica del concebido no nacido”, *Diario La Ley*, 1987, pág. 1100, tomo 2, Editorial LA LEY, LA LEY 18846/2001.

Taraborrelli, Romina Andrea, (2016),” Algunas consideraciones sobre el alquiler de vientres y la integridad física “, *Revista Estilo Caja de la Caja de Abogados de la Provincia de Buenos Aires*, mayo 2016, Edición número 52, Año XII. Consultado en <http://www.estilocaja.org.ar/PDFs/estilocaja52.pdf>. (18/4/ 2017).

Vela Sánchez, Antonio J., (2011), “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, N.º 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, Año XXXII, Ref. D-158, Editorial LA LEY.

Vela Sánchez, Antonio J., (2013), “La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”, *Diario La Ley*, N.º 8055, Sección Doctrina, 4 de abril de 2013, Año XXXIV, Ref. D-122, Editorial LA LEY. LA LEY 1734/2013.

Vela Sánchez, Antonio J., (2015), “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España.”, *Diario La Ley*, N.º 8457, Sección Doctrina, 13 de enero de 2015, Año XXXVI, Editorial LA LEY. LA LEY 9255/2014.

Vela Sánchez, Antonio. J., (2016),” La gestación por sustitución se permite en Portugal”. *Diario La Ley*, Nro.8869, *Sección Doctrina*, 22 de noviembre de 2016, Ref.D-407. Editorial Wolters Kluwer. LA LEY 8706/2016.

Verdera Izquierdo, Beatriz, (2007),” Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida”. *Actualidad Civil*, N.º 10, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 May. 2007, pág. 1109, tomo 1, Editorial LA LEY LA LEY 1694/2007.

Vicente Bellver Capella, (2008), Capítulo IX: El estatuto del embrión humano: cuestiones filosóficas y jurídicas, en *Bioética Personalista: ciencia y controversia*. Madrid, ES: EIUNSA, 2008. Proquest Ebrary. Web. 22 June 2016.

Warnock Mary, (2004), *Fabricando bebés ¿Existe un derecho a tener un hijo?* Editorial Gedisa. Colección de Bioética. Barcelona.

Zurriarain, Roberto Germán, (2008),” Los embriones humanos congelados: un desafío para la bioética.” Madrid, ES: EIUNSA, 2008.Proquest Ebrary. Web 21 june 2016.